Sicherungsübereignung und Sicherungscession

nach gemeinem Recht und bürgerlichem Gesetzbuch.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Juristen-Fakultät der Universität Rostock

vorgelegt von

Wilhelm Engel

Kammergerichts-Referendar.

1902.

Druck von Albert Lehmann's Buch- und Kunstdruckerei, Verlagsanstalt,
BERLIN N • RAMLERSTR. 22.

MEINEM VATER GEWIDMET.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549205_0129

Jnhaltsangabe.

Teil I. Gemeines Recht.

Einleitung. Seite:

Geschichtliche Entwicklung . . . . . § 1 9—13

Kapitel 1.

Die Zulässigkeit der Sicherungsübereignung und -cession.

Die Sicherungsübereignung und -cession im Verhältnis zur Mobiliarhypothek. . . . . § 2 14—27

Die lex commissoria pignorum und ihr Verhältnis zur Sicherungsübereignung und -cession. . . . § 3 27—32

Kapitel 2.

Die Voraussetzungen der Sicherungsübereignung und -cession.

Entstehungsgründe; juristische Konstruktion. . . § 4 32—37

Der Gegenstand der Uebertragung und die gesicherte Forderung. . . . . § 5 37—42

Kapitel 3.

Wirkungen der Uebertragung.

Die Rechtsstellung der Kontrahenten und ihr Verhältnis zu einander. . . . . § 6 42—48

Kapitel 4.

Ausübung und Beendigung des übertragenen Rechtes

Die Geltendmachung und der Untergang des Rechtes. § 7 49—53

Teil II. Bürgerl. Gesetzbuch.

Kapitel 1.

Die Zulässigkeit der beiden Sicherungsgeschäfte.

Die rechtliche Zulässigkeit der Sicherungsübereignung und der Sicherungscession. . . . . § 8 54—57

Kapitel 2.

Die einzelnen Sicherungsgeschäfte.

Die Sicherungsübereignung durch constitutum possessorium und die bedingten Sicherungsübereignungen. § 9 58—64

Die Sicherungscession. . . . . § 10 65—66

Litteraturangabe.

Bähr, Zur Cessionslehre, Jahrbücher für Dogmatik, Bd. 1, S. 351—502.

Bähr, Urteile des Reichsgerichts mit Besprechungen. 1883.

Becker, Sicherung des Gläubigers durch constitutum possessorium. Erlang. Jnaug.-Dissert. 1899.

Biermann, Commentar zum Sachenrecht des B. G. B.

Brill, Die zur Sicherung einer Vertragsobligation vorgenommenen bedingten Eigentumsübertragungen und das Verbot der pfandrechtlichen lex commissoria. Erlang. Jnaug.-Dissert. 1896.

Buetow, Die Sicherungsübereignungen. Götting. Jnaug.-Dissert. 1894.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. 1899.

Dernburg, Pandekten, 5. Auflage, 1896.

Dreyer, Das fiduciarische Rechtsgeschäft; in Gruchots Beiträgen Bd. 40, S. 233—43 und 449—68.

Endemann, Lehrbuch des B. G. B. Bd. 2.

Entscheidungen des R. G. in Civilsachen, Bd. 2, S. 168 ff, Bd. 13, S. 200 ff und 299 ff, Bd. 24, S. 162 ff, Bd. 26, S. 181 ff, Bd. 30, S. 275 ff.

Entscheidungen des R. G. in Strafsachen, Bd. 3, S. 344.

Entscheidungen des R. O. H. G., Bd. 3, S. 432 ff.

Exner, die Lehre vom Rechtserwerb durch Tradition nach österreichischem und gem. Recht. 1867.

Fischer-Henle, Handausgabe des B. G. B. mit Anmerkungen. 3. Auflage.

Gierke, Fahrnisbesitz, 1897.

Gruchot, Beiträge, Bd. 27, S. 1088/89.

Hellwig, Ueber die Zulässigkeit der Eigentumsübertragung zur Sicherung einer Forderung. Archiv f. d. civ. Praxis. Bd. 64, S. 369—394.

Hölder, Kommentar zum Recht der Schuldverhältnisse des B. G. B., II, 1.

Kohler, Studien über Mentalreservation und Simulation. Jahrb. für Dogmatik Bd. 16, S. 91—158 und 325—356.

Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum bürgerlichen Gesetzbuch. 1901. Band 1.

Lang, Die Wirkungen der fiduciarischen Geschäfte. Archiv für die civilistische Praxis. Bd. 84. S. 336—351.

Leist, Die Sicherung von Forderungen durch Uebereignung von Mobilien. 1889.

Linkelmann, Die Sicherheitsübereignungen. Archiv für bürgerl. Recht, Bd. 7, S. 209—34.

Müller, Forderungspfandrecht und Sicherungscession. Erlang. Inaug. Dissert. 1897.

Oertmann, Kommentar zum Recht der Schuldverhältnisse des B. G. B. 1899.

Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des B. G. B., Ausgabe von Achilles, Gebhard etc.

Regelsberger, Pandekten. 1893.

Regelsberger, Zwei Beiträge zur Lehre von der Cession. Archiv für die civ. Praxis, Bd. 63, S. 157—207.

Stammler, Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren. 1897.

Seuffert, Archiv, Bd. 10, S. 858, Bd. 14, S. 629, Bd. 19, S. 662, N. F. Bd. 6, S. 142—45, Bd. 10, S. 287, Bd. 11, S. 132 ff, 134 ff, Bd. 16, S. 1 ff.

Windscheid, Pandekten, 7. Auflage, 1891.

Erster Teil.

Gemeines Recht.

Einleitung.

Geschichtliche Entwicklung.

§ 1.

Die Triumphe, die das römische Recht seit den Tagen seiner Reception als gemeines Recht in Deutschland erfahren und der dominierende Einfluſs, den es auf die ganze deutsche Rechtsentwicklung ausgeübt hat, haben, wie die folgenden Jahrhunderte deutlich zeigen, zuerst auf dem Gebiete des Pfandrechts eine bedeutende Einschränkung erfahren. Es lag dies an der eigenartigen Regelung des römischen Kreditwesens, das einen — man möchte sagen — fast idealen Anstrich hatte. Denn der römische Bürger befand sich in der glücklichen Lage, ohne jede Realsicherung Geld flüssig machen zu können, nur auf Grund der Wertung, die seine Persönlichkeit genoss. Das Vertrauen auf die anständige Gesinnung des andern, seine gesellschaftliche Stellung, seinen Fleiſs und seine persönlichen Fähigkeiten waren ausreichend, jemanden zur Hingabe gröſserer Geldsummen zu bestimmen. Es ist bemerkenswert, daſs in dem ersten der heutigen handeltreibenden Staaten, England, diese Art des Kredites, der sogenannte Personalkredit, noch heut vorherrschend ist. Bei der Reception des römischen Rechtes in Deutschland war es daher

von vornherein ziemlich wahrscheinlich, dafs hier, wo gerade entgegengesetzt der Realkredit den Verkehr der Volksgenossen beherrschte, die Einführung der Bestimmungen des römischen Rechtes sehr bedenkliche Mifsstände zeitigen würde, wenn sich das öffentliche Leben und der Verkehr nicht diesen römischen Normen anpasste. Bekanntlich geschah dies nicht und konnte auch nicht geschehen, weil in Deutschland die Landwirtschaft und der Grundbesitz eine ganz andere Bedeutung hatten als in Rom, wo der Handel eine gröfsere Rolle spielte. So sehen wir denn, dafs seit dem Ende des 18. Jahrhunderts die einzelnen deutschen Partikulargesetze langsam die deutschrechtlichen Grundsätze auf dem Gebiet des Pfandrechts wieder mehr zur Geltung bringen. Man lässt den römischen Gedanken fallen, dafs sowohl an Immobilien wie an Mobilien ein Pfandrecht durch blofsen Vertrag entstehen könne. Vielmehr macht man in Anlehnung an deutsche Principien die Entstehung eines Pfandrechts an Immobilien abhängig von der Eintragung in ein Hypothekenbuch, (so zuerst bestimmt in der preufsischen Hypotheken- und Konkurs-Ordnung vom 4. Februar 1722, während im A. L. R. I, 20 § 105 als Voraussetzung eines gültigen Pfandrechts an Mobilien bestimmt wird, dafs „die Pfandsache nicht im Naturalgewahrsam des Schuldners gelassen oder dahin zurückgegeben werde".) Durch diese gesetzliche Regelung wurde der Mifsstand des römischen Rechtes ausgeschlossen, dafs jemand ein Pfandrecht an einer beweglichen Sache erwarb, an der schon ohne sein Wissen eine Anzahl anderer Gläubiger ein dem seinigen vorgehendes Pfandrecht besafsen. Die meisten deutschen Länder führten im Laufe des 19. Jahrhunderts in ihren Gesetzen diese Bestimmung ebenfalls durch, und schliefslich bestimmte § 14 des Einführungs-Gesetzes zur Reichskonkursordnung vom 10. Februar 1877 (E. G. K. O. § 14) für das ganze deutsche Reich, dafs Faustpfandrechte im Sinne des § 40 K. O. an beweglichen körperlichen Sachen nur bestehen, wenn der Pfandgläubiger oder ein Dritter für ihn den Gewahrsam erlangt oder behalten hat. Durch diese reichsrechtliche Normierung verlor die gemeinrechtliche Mo-

biliarhypothek, die dem Pfandschuldner ja gerade den Besitz der Pfandsache beliefs, die Bedeutung eines Sicherungsmittels für den Gläubiger. Sie wurde jetzt daher in den Gebieten, wo sie noch bestand, beseitigt. Man suchte durch dieses Vorgehen den deutschen Grundsatz der Publicität des Pfandrechts durchzuführen.

So günstig diese Regelung für den Pfandgläubiger war, indem sie ihm eine erhöhte Sicherheit verschaffte, so zeigte sich doch sehr bald, dafs sie für den Schuldner oft aufserordentlich ungerecht und drückend wurde. Zwar wurde dem ungesunden Mobiliarkredit der Boden entzogen, nicht minder aber auch der gesunde oft ganz unmöglich gemacht. Gewifs ist es socialpolitisch richtig, bestimmte notwendige Mobilien, deren der Schuldner zu seiner Lebenshaltung bedarf, dem Zugriff seiner Gläubiger zu entziehen. Allein es liegt weder vom rechtlichen noch vom wirtschaftlichen Standpunkt aus ein zwingender Grund vor, solchen Leuten, die über ein sehr wertvolles Mobiliar verfügen, den Besitz desselben aber nicht entbehren können, die Möglichkeit abzuschneiden, einem Dritten ein Recht an diesem Mobilien zu bestellen, auch ohne dafs sie ihm den Besitz übertragen. Das Bedenken, das gegen die Zulassung der Mobiliarhypothek spricht, trifft hier oft garnicht zu, dafs nämlich die Sicherung des Pfandgläubigers entwertet wird durch die vielen bevorrechtigten Pfandrechte, die er garnicht kennt. Vielmehr ist in solchen Fällen dem Gläubiger eine sehr günstige Sicherung für seine Forderung geboten, günstiger als so manche dritte und vierte Hypothek an einem Grundstück. Und gerade für den kleinen Gewerbetreibenden, Handwerker, Arbeiter u. s. w. wird es praktisch häufig von eminenter Bedeutung sein, ob er auf Grund seiner oft recht wertvollen Arbeitsgeräte und anderer Mobilien sich bei schlechten Konjunkturen Geld verschaffen kann, ohne die Gegenstände selbst dahinzugeben. Denn wenn in solchen Krisen seine einzige Rettung nur noch in der Verpfändung und Hingabe der betreffenden Mobilien besteht, so ist ihm meist jede Möglichkeit genommen, sein Brot in der bisherigen

Weise weiter zu verdienen, er ist in vielen Fällen dann wirtschaftlich geradezu ruiniert.

Die gesetzliche Regelung des Pfandrechts litt, wie aus diesen Ausführungen ersichtlich ist, an der Unzuträglichkeit, dafs sie die Möglichkeit der Verpfändung von Mobilien thatsächlich auf die entbehrlichen Mobilien beschränkte. Das Bestreben des Kreditverkehrs mufste daher dahin gehen, auch die unentbehrlichen Mobilien für Pfandzwecke verwendbar zu machen, also mit anderen Worten: ein Ersatzmittel zu schaffen, das dem Gläubiger eine dingliche Sicherung verschaffte, den Schuldner aber im Besitz der Sache beliefs. Man griff zu diesem Zweck auf ein Institut zurück, das schon im Mittelalter bekannt war: auf die Sicherungsübereignung durch constitutum possessorium. Dies war wenigstens die Hauptform der Sicherungsübereignungen; sie konnten, wie nachher näher auszuführen ist, auch noch in anderer Weise erfolgen. Im Mittelalter benutzte man diese Sicherungsübereignung zur Umgehung der kanonischen Zinsverbote. Da der Gläubiger keine Zinsen für seine Forderung beanspruchen durfte, so liefs er sich die Mobilien des Schuldners übereignen; diese überliefs er ihm aber zur Miete gegen Erstattung eines Mietzinses, der dem Zinsfufs der Forderung gleichkam. Nach Aufhebung der Zinsverbote blieb die Rechtsform der Sicherungsübereignung gleichwohl bestehen, da sie dem Pfandgläubiger eine gröfsere Sicherheit bot als die Mobiliarhypothek. Aufserdem hatte sie noch andere Vorzüge gegenüber dem Pfandrecht.[1]) Denn einmal brauchte der Erwerber der Sache bei der Sicherungsübereignung nicht die Entstehung privilegierter Pfandrechte anderer Gläubiger seines Schuldners für die Zukunft zu fürchten; ferner brauchte er nicht zuzulassen, dafs beim Konkurse seines Schuldners die ihm übereigneten Mobilien zur Konkursmasse geschlagen wurden, und schliefslich war er auch den für Pfandgläubiger aufgestellten Beschränkungen hinsichtlich des Pfandverkaufs nicht unterworfen.

Wie man hier durch die Sicherungsübereignung den Effekt

---

[1]) Seufferts Archiv Bd. XIX, N. 122, S. 664.

eines Pfandrechts an einer Sache zu erreichen suchte, so bemühte man sich, wenn auch weit seltener, durch ein analoges Vorgehen die Wirkung eines Pfandrechts an einer Forderung zu erzielen, ohne die strengen Vorschriften, die für Entstehung von Forderungspfandrechten aufgestellt waren, erfüllen zu müssen. Der Schuldner cedierte nämlich seinem Gläubiger zur Sicherung der Forderung, die dieser gegen ihn hatte, eine ihm, dem Schuldner, gegen einen Dritten zustehende Forderung. Dies Vorgehen hatte den Vorteil, dafs hierbei die Vorschriften des § 15 E. G. K. O. nicht erfüllt zu werden brauchten; es mufste also bei dieser Sicherungscession weder der Drittschuldner benachrichtigt werden, wie bei der Forderungsverpfändung, noch brauchte der Sicherungscessionar oder für ihn ein Dritter den Gewahrsam der über die Forderung ausgestellten Urkunde erlangt und behalten zu haben. Da nun die Bestellung einer derartigen Sicherung dem betreffenden Gläubiger einen grofsen Vorsprung gegenüber den anderen Gläubigern des Schuldners verschaffte und die so sicher Gestellten ihre überlegene Stellung oft in rücksichtslosester Weise mifsbrauchten, so suchte man dadurch Abhilfe zu schaffen, dafs man derartige Sicherstellungen durch Uebereignung einer beweglichen Sache oder Cession einer Forderung in der Litteratur für ungültig erklärte, wenn sie nicht den Voraussetzungen einer gültigen Pfandbestellung entsprächen. Die Praxis dagegen beanstandete die Zulässigkeit solcher Sicherungsgeschäfte nur in den seltensten Fällen. Wir wollen daher im folgenden zunächst zu der Frage der Gültigkeit der Sicherungsübereignung und Sicherungscession Stellung nehmen, bevor wir den Inhalt dieser Rechtsgeschäfte darlegen. Die Behandlung soll sich zunächst nur auf das gemeine Recht erstrecken.

Kapitel 1.

Die Zulässigkeit der Sicherungsübereignung und der Sicherungscession.

§ 2.

Die Sicherungsübereignung und die Sicherungscession im Verhältnis zur Mobiliarhypothek.

Zweierlei Gesichtspunkte machen die Gegner der Sicherungsübereignung und Sicherungscession zu deren Bekämpfung geltend. Die meisten Schriftsteller, die sich über diese Frage geäufsert haben, lehren die Ungültigkeit der Sicherungsübereignung, da sie zur Umgehung des § 14 E. G K. O. und § 40 K. O. diene. So zuerst Kohler[1]), dann Hellwig[2]), Bähr[3]), Leist[4]) und neuerdings Bütow.[5]) Für die Zulässigkeit haben sich dagegen erklärt Linkelmann[6]), in jüngster Zeit Becker[7]), vor allem die obersten Gerichtshöfe Deutschlands und das Reichsgericht[8]) in beinahe konstanter Praxis. Leist unterscheidet sich übrigens von den anderen Gegnern in seiner

---

[1]) Kohler, Studien über Mentalreservation und Simulation Ihering, Jahrbücher für Dogmatik, Bd. XVI, S. 91—158 und 325—356.

[2]) Bähr, Urteile des Reichsgerichts mit Besprechungen. S. 56 ff. 1883.

[3]) Hellwig, Ueber die Zulässigkeit der Eigentumsübertragung zur Sicherung einer Forderung. Archiv für civilist. Praxis. Bd. 64, S. 369—394.

[4]) Leist, Sicherung von Forderungen durch Uebereignung von Mobilien, Jena 1889.

[5]) Bütow, Die Sicherungsübereignungen. Göttinger Inaugur. Dissert. 1894.

[6]) Linkelmann, Die Sicherungsübereignungen. Archiv für bürgerliches Recht, Bd VII, S. 200—234.

[7]) Becker, Sicherung des Gläubigers durch constitutum possessorium. Erlanger Inaugur. Dissert. 1899.

[8]) Gegen die Zulässigkeit der Sicherungsübereignung haben sich ausgesprochen: a) O. L. Stuttgart 1850, Seufferts Archiv, Bd 10, N. 245, S. 358. b) O. L. G Kiel, 1884. Seufferts Archiv, Bd. 40 (N. F. Bd. 10), N. 190. S. 287 ff. c) Seufferts Archiv Bd. 14, N. 90, S. 629.

Für die Sicherungsübereignungen: a) E. R. G. Bd. 2, N. 44, S. 168, ff. und S. 170, Anm. 1. b) — 1,, S. 200 ff. u. 200 ff. c) — 29, N. 32, S. 182 ff. d) Seufferts Archiv Bd 19, N. 122, S. 002 ff. e) — N. F. Bd. 6, N. 99, S. 142, N. 100, S. 144, N. 101, S. 140. f) — Bd. 10, N. 2, S. 1. g) — Bd. 11, N. 85, S. 132 ff. h) — 11, N. 86, S. 134 ff.

Argumentation dadurch, dafs er den Begriff der Umgehung des Gesetzes (in fraudem legis agere) bei diesen Sicherungsgeschäften verwirft und sie als contra legem abgeschlossen ansieht. Was die Gültigkeit der Sicherungscession angeht, so wird sie, falls nicht die Voraussetzungen des § 15 E. G. K. O. erfüllt sind,[1]) von Hellwig geleugnet, da dann gleichfalls eine Gesetzesumgehung vorläge. Die Praxis dagegen hat sich auch hier für die Zulässigkeit entschieden.[2])

Den zweiten Grund für die Ungültigkeit der fraglichen Rechtsgeschäfte leiten sodann einige daraus ab, dafs das Verbot der lex commissoria auf derartige Sicherungsgeschäfte Anwendung finden müsse und sie schon deswegen ungültig seien, weil sie gegen dies Verbot verstofsen. Soweit wir wissen, ist in der Judicatur ein derartiger Fall noch nicht zur Entscheidung gekommen. In der Litteratur haben sich für diese Argumentation entschieden: Leist[3]) mit Ausschlufs zweier genau bestimmter Fälle) ferner Hellwig[4]), Kohler[5]) und Bütow[6]). Linkelmann[7]) will die Anwendung der lex commissoria nur zulassen, wenn die Parteien durch wenige Zusätze das Geschäft so gestaltet haben, dafs der Thatbestand desselben die Merkmale der lex commissoria aufweist. Brill[8]) endlich verneint die Anwendung des Verbotes der lex commissoria für alle Fälle der bedingten Eigentumsübertragungen zur Sicherung.

Man hat sich in früheren Tagen die Entscheidung von Fällen, wo es sich um diese streitigen Sicherungsgeschäfte handelte, oft sehr leicht gemacht: man proklamierte einfach ihre Nichtigkeit wegen Simulation. Dies war nur möglich infolge der Verkennung des wahren Wesens der Simulation sowie

---

[1]) a. a. O. S. 391.

[2]) Für die Sicherungscession haben sich entschieden: a) E. R. G. Bd. 24, S. 162 ff b) — Bd. 30, S. 275 ff. c) Entscheidungen des R. O. H. G. Bd. 3, S. 432 ff. d) Gruchots Beiträge: Bd. 27, N. 126, S. 1088/89.

[3]) a. a. O. S. 75.

[4]) a. a. O S. 380.

[5]) a. a. O. S. 91 ff.

[6]) a. a. O. S. 14 ff.

[7]) a. a. O S. 221.

[8]) Brill, Die zur Sicherung einer Vertragsobligation vorgenommenen bedingten Eigentumsübertragungen und das Verbot der pfandrechtlichen lex commissoria. Erlanger Inaugur.-Dissert. 1896.

des eigenartigen Charakters der fraglichen Sicherungsgeschäfte Es ist nötig, hierauf etwas näher einzugehen.

Das simulierte Geschäft ist nur zum Schein abgeschlossen; der durch dasselbe scheinbar erstrebte Effekt soll nach Absicht der Kontrahenten garnicht herbeigeführt, vielmehr nur der aufsen stehende Dritte zu dem Glauben verleitet werden, dafs das Geschäft wirklich und gültig zu stande gekommen sei. Wird eine solche Scheinübereignung oder Scheincession vorgenommen, wo der Wille der Parteien überhaupt nicht auf die Uebertragung des Objektes gerichtet war, so ist diese Scheinhandlung ipso jure nichtig nach l 55 D, de contrahenda emptione 18, 1: Nuda et imaginaria venditio pro non facta et ideo nec alienatio eius rei intellegitur. Hierbei ist jedoch darauf zu achten, ob sich die Simulation auf die Erklärungen erstreckt, das Eigentum übertragen und erwerben zu wollen, oder nur auf das dem Willen der Paciscenten zu Grunde liegende Rechtsgeschäft.[1]) Denn die Nichtigkeit des einen Faktors zieht nicht unbedingt die des andern nach sich, da sowohl die Tradition wie auch die Cession infolge ihres abstrakten Charakters (so die herrschende Meinung) der causa des Geschäftes gegenüber selbständig sind. Man wird ferner mit der herrschenden Meinung annehmen können[2]), dafs im Interesse des öffentlichen Verkehrs der gutgläubige Erwerber, der von dem Scheinkäufer die Sache übertragen oder die Forderung cediert erhält, der rei vindicatio desselben als des wahren Eigentümers nicht unterliegt. Wenn man dagegen anführt[3]), diese Ansicht sei durch die Quellen nicht ausdrücklich geschützt, so ist dies zwar richtig. Allein die Quellen liefern auch kein Material, das sich beweiskräftig gegen diese Ansicht verwerten liefse; und dem Geiste des römischen Rechtes entspricht es sicherlich, jede Rechtsunsicherheit möglichst zu vermeiden und zu beseitigen [4])

[1]) Dreyer, Das fiduciarische Rechtsgeschäft in Gruchots Beiträgen. Bd. 40. S. 203 ff. u. 449 ff.

[2]) Dernburg, Pandekten I. § 100, S 235, ferner Kohler, a a. O. S. 128.

[3]) Becker, a. a. O. S. 11.

[4]) Regelsberger, Pandekten Bd. I, § 141, Anmerkung 12. S. 518 will wegen der Analogie der l 4 D § 29, 31 de doli mali exeptione 44, 4 diese oben angeführte Behauptung nur für den entgeltlichen Erwerb gelten lassen.

Von diesen Fällen der Simulation ist derjenige besonders zu behandeln, wo sich die Simulation nur auf die Form, nicht auf den Effekt des Geschäftes erstreckt z. B. in dem Fall der l 36 D. de contrahenda emptione, wo von einer in einen Verkauf eingekleideten Schenkung gesprochen wird: Cum in venditione quis pretium rei ponit donationis causa non exacturus, non videtur vendere. Hier hat also das zur Schau getragene Rechtsgeschäft den Zweck, aufsenstehenden Dritten die Kenntnis der ernstlichen und eigentlichen Absichten der Parteien unmöglich zu machen, während in den zuerst besprochenen Fällen eine ernste Absicht der Parteien in Bezug auf das vereinbarte Geschäft garnicht vorhanden ist, sondern in dem Dritten nur der Glaube an eine solche Abmachung erweckt werden soll. Dieses dissimulierte oder verdeckte Geschäft ist gültig, wenn alle Erfordernisse erfüllt sind, die für dasselbe ohne die falsche Einkleidung nötig wären, vergl. den Codextitel 4, 22: plus valere, quod agitur quam quod simulate concipitur und l 4 eodem: Si quis gestum a se fecerit alium egisse scribitur, plus actum quam scriptum valet.

Im scharfen Gegensatz zu den beiden oben erwähnten Rechtsgeschäften stehen nun die nach dem Vorschlag Regelsbergers sogenannten „fiduciarischen" Geschäfte.[1]) Hierbei ist der ernstliche Wille der Kontrahenten darauf gerichtet, diejenige Wirkung in der That zu erzielen, auf die die Form des Rechtsgeschäftes hindeutet z. B. wirkliche Uebereignung oder Cession. Dieser rechtliche Erfolg geht aber über den von ihnen geplanten wirtschaftlichen hinaus; daher treffen sie besondere Vereinbarungen, die die Wirkung des Geschäftes faktisch auf den erstrebten wirtschaftlichen Effekt beschränken sollen. Der Richter hat bei diesen Rechtsgeschäften vor allem auf Grund der freien Beweiswürdigung die Frage zu prüfen, ob das Rechtsgeschäft wirklich ernstlich von den Parteien gewollt ist oder nicht. Ein konkreter Fall soll die Anwendung der fiduciarischen Sicherungsübereignung und der Sicherungscession zeigen: A übereignet seinem Gläubiger B wegen dessen

[1]) Archiv f. d. civ. Praxis Bd. 63, S. 173.

Forderungen gegen ihn eine Sache bezw. eine ihm gegen C zustehende Forderung mit der Vereinbarung, dafs B nach seiner Befriedigung durch A zur Rückübertragung verpflichtet sein solle. Hier ist die rechtliche Wirkung gewollt: Uebereignung der Sache bezw. der Forderung. Das geplante wirtschaftliche Resultat wird aber erzielt durch einen Nebenvertrag, der eine Rückgabepflicht statuiert. Statt dieser obligatorischen Bindung des Gläubigers kann auch eine dingliche eintreten, wie später gezeigt werden wird, wenn nämlich die Uebertragung unter einer Suspensiv- oder Resolutiv-Bedingung stattfindet. Gegen solche Uebertragungen liefse sich nun an sich nichts einwenden, wenn nicht die Parteien, die einen Pfandvertrag vermeiden wollen, dem Schuldner den Besitz der Sache liefsen. Dadurch wird aber nach Ansicht der früher erwähnten Juristen sowohl die Vorschrift, dafs ein Pfandrecht nicht durch constitutum possessorium bestellt werden darf, als auch das Verbot der Mobiliarhypothek umgangen; diese zur Sicherung vorgenommenen Rechtsgeschäfte seien demnach nichtig.

Die Beweisführung der Vertreter dieser Ansicht ist in der Hauptsache folgende:

Die Prohibitivgesetze des Privatrechts können eine doppelte Tendenz haben[1]: entweder sie entziehen einer bestimmten Rechtsform ihre Geltung und wollen dadurch die Anwendung einzelner genau bezeichneter rechtlicher Mittel ausschliefsen, mit deren Hilfe sich ein gewisser ökonomischer Effekt erzielen läfst, ohne damit zugleich das Erreichen dieses wirtschaftlichen Erfolges überhaupt unmöglich machen zu wollen. Es steht hier den Kontrahanten frei, auf anderen Wegen ihre Absicht zu erreichen, ohne sich dadurch einer Gesetzesverletzung schuldig zu machen. Oder: die Prohibitivgesetze richten sich gegen den materiellen Inhalt einer Rechtshandlung; dann wollen sie nicht die Rechtsform selbst treffen, sondern das durch dieselbe herbeigeführte wirtschaftliche Resultat. Nun kann aber der Gesetzgebung nicht zugemutet werden, alle Rechtsformen ausdrücklich zu verbieten, durch die ein gleicher ökonomischer Effekt erzielt werden kann. Vielmehr wird das Gesetz in der Regel nur derjenigen Rechts-

[1]) Hellwig a. a. O. S. 370 ff.

form ausdrücklich die Geltung versagen, mit deren Hilfe der mifsbilligte Zweck in der Regel erreicht wird. Wird dann derselbe Effekt auf einem anderen Wege erreicht, so liegt eine Umgehung des verbietenden Gesetzes vor, die die Nichtigkeit des vorgenommenen Geschäftes herbeiführt. l 29 u. 30 D. de legibus I, 3: Contra legem facit, qui facit, quod lex prohibet, in fraudem vero, qui salvis verbis legis sententiam eius circumvenit. Fraus enim legi fit, ubi, quod fieri noluit, fieri autem non vetuit, id fit: et quod distat. ῥητὸν ἀπὸ διανοίας, hoc distat fraus ab eo, quod contra legem fit.[1]) — Ob nun ein Gesetz nur die bestimmte Rechtsform verbietet, oder sich gegen „das Zweckbestreben"[2]) richtet, „welches sich nur typisch in dem betreffenden Rechtsgeschäfte ausprägt", ist eine Frage der Gesetzesauslegung. Das Gesetz kann aber garnicht anders in dieser Frage ausgelegt werden als so, dafs es durch die Abschaffung der Mobiliarhypothek und durch die Ungültigkeitserklärung einer Pfandbestellung durch constitutum possessorium alle diejenigen Rechtsgeschäfte für nichtig hat erklären wollen, durch die etwa dasselbe Resultat erzielt werden kann, das man bis dahin durch die Mobiliarhypothek und die Pfandbestellung durch c. p. erreicht hatte. Dieses Resultat besteht darin,[3]) „dafs ein Gläubiger das Recht erwirbt Sachen, die im Besitze des Schuldners verbleiben und also dem Anscheine nach verfügbares Vermögen desselben bilden zu seiner Befriedigung vorweg zu nehmen. In diesem Sinne verbietet, d. h. erklärt das Gesetz im öffentlichen Interesse für unwirksam die Verpfändung ohne Besitzübertragung als diejenige Rechtsform, in welcher regelmäfsig das gedachte, vom Gesetzgeber mifsbilligte Verhältnis verwirklicht werde." Consequent wird derselbe Grundgedanke auch für die Beurteilung der zu Sicherungszwecken vorgenommenen Cession verwendet,[4]) die jedesmal ungültig sei, wenn nicht die Vor-

[1]) Vergleiche damit zur Ergänzung l 5 cod. de legibus I, 14: Non dubium est, in legem committere eum, qui verba legis amplexus contra legis nititur voluntatem: nec poenas insertas legibus evitabit, qui se contra juris sententiam scaeva praerogativa verborum fraudulenter excusat. Nullum enim pactum, nullam conventionem, nullum contractum inter eos videri volumus subsecutum, qui contrahunt, lege contrahere prohibente.

[2]) Kohler a a O. S. 144, ebenso Linkelmann a. a. O. S. 220.

[3]) Hellwig, a. a. O. S. 379.

[4]) Hellwig a. a. O. S. 391.

aussetzungen vorliegen für das gültige Entstehen eines Pfandrechts an einer Forderung.

So die Argumentation der Verfechter der Ungültigkeit. Zu demselben Resultat gelangt auch Leist[1]), nur dafs er, wie schon bemerkt, die betreffenden Geschäfte als contra legem abgeschlossen betrachtet. Wenn er jedoch erklärt: „der wesentlichste Teil des Pfandrechts, die von der Nichtzahlung einer Schuld abhängig gemachte Uebereignung, ist aber auch hier (nämlich bei den Sicherungsübereignungen) vorhanden. Dieser wesentlichste Bestandteil des Pfandrechts wird, auch wenn er allein oder in Verbindung mit fremden Elementen erscheint, durch jedes Verbot getroffen, welches das Pfandrecht als Ganzes beherrscht," so mufs man der Ansicht beitreten[2]), dafs schliefslich, wenn man den Kern dieser Theorie herausschält, sie sich von der der Gesetzesumgehung kaum noch unterscheidet, daher die gleichen Argumente wie bei der Theorie des agere in fraudem legis für und gegen sie sprechen.

Wie aus allen bisherigen Ausführungen hervorgeht, legen die Verfechter der Ungültigkeit dieser Sicherungsgeschäfte das Hauptgewicht in ihrer Beweisführung darauf, dafs die in Frage kommenden gesetzlichen Bestimmungen als ein Verbot der Mobiliarhypothek anzusehen seien. Da nun aufser gebietenden Gesetzen gegenüber, die hier nicht vorliegen, ein Handeln in fraudem legis nur noch verbietenden Gesetzen gegenüber möglich ist, so wird es für die Entscheidung der Frage nach der Gültigkeit der Sicherungsübereignung und -cession allerdings darauf ankommen, ob die angeführten gesetzlichen Bestimmungen wirklich einen verbietenden Charakter haben. Gegenüber der oben angestellten Argumentation erwäge man nun folgendes:

Das Gesetz kann sich den Charakter eines Verbotsgesetzes entweder ausdrücklich beilegen oder ihn stillschweigend er-

[1]) a. a. O. S. 94.

[2]) So E R. G. Bd. 26, S. 185, ferner Linkelmann, a. a O. S. 228. Becker a. a O. S. 14.

kennen lassen.[1]) Stets aber mufs dieser Charakter aus der Norm des Gesetzes selbst klar hervorgehen. Die Richtigkeit dieser Behauptung wird von gegnerischer Seite allerdings bestritten.[2]) Man führt dagegen vor allem an, es genüge, wenn man aus der Entstehungsgeschichte des Gesetzes den Nachweis führen könne, dafs die ratio desselben die Mifsbilligung des in Frage kommenden Rechtsverhältnisses sei, das Gesetz selbst brauche dies nicht erkennen zu lassen. — Gehen wir nun einmal näher auf diese Ansicht ein und sehen zu, wie es hier mit dieser Mifsbilligung steht. Es ist allgemein anerkannt und in der Einleitung von uns auch dargelegt worden, dafs der Gesetzgeber in den gesetzlichen Bestimmungen deshalb der Mobiliarhypothek und der Pfandbestellung durch c. p. die Gültigkeit versagt habe, weil er mifsbilligte:

1) dafs Mobilien, an denen der Gläubiger ein dingliches Recht habe, im Besitz des Schuldners verblieben,

2) dafs dadurch andere Dritte über die Kreditwürdigkeit des betreffenden Schuldners getäuscht wurden,

3) Dafs ein Gläubiger einen Vorteil vor den übrigen Gläubigern erlange, weil er sich vor ihnen Befriedigung verschaffen könne.

Es ist ohne weiteres zuzugeben, dafs diese drei Faktoren sich auch bei der Sicherungsübereignung zeigen. Allein daraus kann keineswegs deren Nichtigkeit gefolgert werden. Denn diese eben erwähnten drei mifsbilligten Resultate treten auch bei solchen Rechtsgeschäften in Erscheinung, deren Gültigkeit niemand anzweifeln wird, z. B bei den Abzahlungsgeschäften. Hier ist

1) der Schuldner im Besitz von Sachen, an denen ein anderer, der Gläubiger, das stärkste aller dinglichen Rechte, das Eigentumsrecht hat, wodurch, wie die Praxis tagtäglich zeigt,

2) eine grofse Anzahl dritter Personen und andere Gläubiger irregeleitet werden über seine Kreditwürdigkeit und oftmals Verluste erleiden,

---

[1]) Ebenso Linkelmann, S. 228 a. a. O.

[2]) So Bütow S. 170 a. a. O.

3) weil ein anderer das Recht der Vorwegbefriedigung aus diesen Mobilien hat. Und dieser vom Gesetzgeber bei der Sicherungsübereignung mifsbilligte Effekt ist hier sogar noch durch ein besonderes Gesetz sanktioniert worden. (12. Mai 1894.) Daraus schon geht hervor, dafs den fraglichen Bestimmungen nicht der zwingende Charakter eines Verbotes beigelegt werden kann, jedenfalls nicht mit dieser Argumentation. Die Durchführung der gegnerischen Anschauung stöfst auch praktisch auf Schwierigkeiten. Nehmen wir folgenden Fall an: B hat seinem Gläubiger A wegen einer Schuld von 10 000 Mk. seine Bibliothek verkauft für diesen Preis. Die Forderung ist durch Kompensation mit dem Kaufpreis erloschen. A unternimmt nach einigen Wochen eine Reise, für die er zwei Jahre zu verwenden gedenkt; er übergiebt all sein Mobilair seinem Verwalter C. Dieser ein guter Freund von B. übergiebt letzterem nach der Abreise des A ohne dessen Wissen die Bibliothek wieder zurück bis zur Rückkehr des Eigentümers.

Hier sind wiederum die drei vom Gesetzgeber mifsbilligten Resultate vorhanden. Soll man nun auch in diesem Fall aus diesem Grunde allein die Uebereignung für ungültig erklären und alles auf den status quo ante zurückführen, ohne auf die Absicht der Parteien Rücksicht zu nehmen, nur wegen der zufälligen Uebereinstimmung mit den Resultaten der Mobiliarhypothek? Und wie leicht wäre es, sich Verhältnisse zu denken, wo ein so rigoroses Vorgehen offenbar noch weit ungerechter wäre! Will man aber die Gültigkeit solcher Fälle nicht beanstanden, wo ist dann die Grenze der Anwendung des vermeintlichen Verbots? — Gewifs mufs zugegeben werden, dafs die Sicherungsübereignung oftmals über die Kreditwürdigkeit täuschen und dadurch eine Gefährdung des Kreditverkehrs entstehen kann. Aber daraus ist nicht die Ungültigkeit dieses Rechtsgeschäftes zu folgern, sondern nur, wie Dreyer[1]) richtig bemerkt, das Bedürfnis weiterer gesetzlicher Regelung desselben. Wenn man zudem die gegne-

[1]) a. a. S. 456.

rische Ansicht bis in ihre letzten Konsequenzen verfolgt, so würde sie schliefslich nichts weniger bedeuten, als die Nachlässigkeit der Gläubiger zu befördern, die ohne jede Erkundigung über die wirtschaftliche Lage des Schuldners ihm auf das in seinem Besitz befindliche Mobiliar hin Geld geben. Es würden gerade die gesunden Faktoren des öffentlichen Kreditwesens sehr geschädigt werden.

Es ist ein unleugbares Verdienst der neueren Jurisprudenz, dafs sie die Rechtsnormen in Zusammenhang bringt mit national-ökonomischen Faktoren und ihre Wertung danach bemifst. Nirgends aber dürfte dies Vorgehen mehr am Platze sein, — im Interesse der Rechtsordnung selbst, vor allem aber des Verkehrs — als in solchen Fällen, wo sich aus dem Gesetz keine klare, einwandfreie Entscheidung ergiebt, sondern sich für jede Lösung Gründe und Gegengründe anführen lassen. Wenn man die Sicherungsübereignung durch c. p. unter diesem Gesichtspunkte betrachtet, so gewinnt man auch hierdurch ein Argument gegen die Ansicht von der Ungültigkeit dieses Rechtsgeschäftes. Denn man erwäge: Einen Vorteil bringt das Verbot solcher Rechtsgeschäfte niemanden. Derselbe Effekt, der heut durch die Sicherungsübereignung erreicht wird, würde dann eben durch Uebergabe der Sache ohne Nebenabrede und darauf folgender Miete erreicht werden. Der Schuldner erkundigt sich vorher vertraulich durch einen Dritten bei seinem Gläubiger, ob dieser ihm wohl nach der Uebereignung die Sache vermieten würde, event. auch nach Bezahlung der Schuld dieselbe wieder übergeben wolle. Der Gläubiger, dem doch faktisch nur an der Sicherung liegt, wird dies thun. Dann findet ein völlig unanfechtbarer richtiger Verkauf der Sachen an den Gläubiger statt, ohne jede Nebenabrede, ohne dafs Gläubiger und Schuldner auch nur ein Wort von Miete etc. gesprochen hätten. Mietet jetzt der Schuldner die Sache, so sind, trotz des Verbotes der Sicherungsübereignung, doch alle Mifsstände derselben vorhanden. Also ein Vorteil würde durch die Ungültigkeitserklärung kaum erreicht, dafür aber ein um so gröfserer Nachteil für den Gläubiger und besonders für den Schuldner. Denn der Schuldner

könnte den Gläubiger leicht erheblich schädigen, wenn er ihm durch Geltendmachung der Nichtigkeit die Sache wieder entzöge; infolge dieser Gefahr für den Gläubiger würde sich aber wohl jeder vor solchen Sicherungsübereignungen hüten, und dem in Besitz wertvoller, aber unentbehrlicher Mobilien befindlichen Schuldner wäre der Weg zu seiner Rettung abgeschnitten.

In Erkenntnis dieser Momente hat denn auch Kohler[1]), von seinem Standpunkt aus ganz mit Recht, seine frühere Meinung aufgegeben,[2]) indem er richtig bemerkt, dafs die Absicht des Gesetzgebers dahin gehen kann, die oben angeführten Mifsstände der Mobiliarhypothek überhaupt zu vermeiden, aber nicht dahin gehen mufs; dafs man ferner mindestens erwarten könne, dafs das Gesetz einen Weg angäbe, um die Mifsstände zu vermeiden, die durch das strenge Verbot einer anderen Sicherung als durch Faustpfand notwendig entstehen müssen. Zu demselben Resultat kommt auch Leist[3] bei seiner Bekämpfung der Theorie des agere in fraudem legis, wenn er sagt: „Verbietet ein Gesetz nur einen Weg zu einem mifsbilligten Ziel, während anderer zu demselben Ziel führender Umwege nicht gedacht wird, so kann der Satz, dafs Handlungen in fraudem legis unzulässig sind, nichts helfen. Läfst sich nicht konstatieren, dafs das Gesetz alle Wege zum Ziel hat sperren wollen, so ist der Umweg gestattet."

Die Theorie des ökonomischen Effektes dürfte hiernach kaum für stichhaltig gelten können. Sie scheint uns auch, was wir wenigstens flüchtig andeuten wollen, die Aufgabe und die Macht des Gesetzgebers zu überschätzen.[4]) Denn dieser ist weder verpflichtet noch in der Lage, alle Mittel und Wege zur Herbeiführung eines wirtschaftlichen Erfolges anzugeben oder abzuschneiden. Seine Aufgabe ist eine ganz

[1]) Kohler, Bemerkungen zu Linkelmanns Aufsatz. Archiv für bürgerliches Recht, Bd. 7, S. 234/35.

[2]) a. a. O. S. 234.

[3]) a. a. O. S. 90, Anm. 111.

[4]) Vergleiche dazu auch die u. E. zutreffenden längeren Ausführungen von Becker, a. a. O. S. 16 ff.

andere. Das Primäre ist doch, dafs die Parteien einen wirtschaftlichen Erfolg erzielen wollen. Um sich diesen Erfolg dauernd zu sichern, bedürfen sie des rechtlichen Schutzes. Das Recht weist ihnen daher die Bahnen an und bestimmt die Voraussetzungen, unter denen es die Parteien, die diesen Weg einschlagen, schützen will. Es hat also eine mehr formale Thätigkeit zu entfalten. Bedienen sich die Parteien eines solchen Weges und erfüllen sie die angegebenen Voraussetzungen, so werden sie des Rechtsschutzes teilhaftig, erfüllen sie sie nicht, so wird er ihnen versagt. Ob sie einen Erfolg erreichen und welchen, kommt für die Gültigkeit des Geschäfts nicht in Betracht, denn diese hängt nur ab von der Erfüllung der gesetzlichen Voraussetzungen. Durch die Normierung der Voraussetzungen des einen Rechtsweges ist aber nicht ausgeschlossen, dafs die Parteien auf einem anderen Wege denselben Effekt durch Erfüllung anderer oder schon eines Teiles der für den ersten Weg angegebenen Voraussetzungen erlangen können, wie ja das Verkehrsleben derartige Fälle zahlreich aufweist. Gewifs ist es nicht ausgeschlossen, dafs das Gesetz bei seiner Regelung auch einmal einen wirtschaftlichen Erfolg treffen will. Allein diejenigen Normen, die wegen des ökonomischen Resultates vorhanden sind, werden nicht die Mehrzahl bilden, sondern in der Regel nur einen exceptionellen Charakter tragen und meist nur den Zweck verfolgen, specielle, durch Benutzung der gegebenen Rechtsform für das Gemeinleben entstandene Auswüchse und Gefahren zu beseitigen.

Nachdem wir so erkannt haben, dafs den gesetzlichen Bestimmungen über das Mobiliarpfandrecht der Charakter eines Verbotes nicht beizulegen ist, müssen wir die Meinung ablehnen, dafs eine Sicherungsübereignung allgemein nur unter den für das Pfandrecht normierten Voraussetzungen möglich sei. Das Gesetz läfst dies weder ausdrücklich noch stillschweigend erkennen. Man kann daher nur annehmen, dafs es von dem Augenblick seiner Geltung an bestimmen wollte, dafs ein Pfandrecht nur unter den von ihm genannten strengeren Voraussetzungen entstehen solle. Ein zwingender Be-

weis allein könnte uns zu der Annahme berechtigen, dafs diese Bestimmungen ihre Geltung über das Pfandrecht hinaus erstrecken wollten. Dieser Beweis ist aber u. E. nicht zu erbringen. Man wird daher der Meinung des Reichsgerichts beistimmen müssen, das sich so äufsert:[1]) „Diese Bestimmung, (nämlich § 14 E. G. K. O.) verbietet nicht etwa, die Verpfändung beweglicher Sachen ohne Uebertragung des körperlichen Gewahrsams vorzunehmen, ihr Wille geht keineswegs dahin, dafs eine im allgemeinen anerkannte Geschäftsform singulärer Weise gerade zu diesem Zwecke nicht benutzt werden dürfe, sondern sie erkennt nur eben einfach kein Absonderungsrecht auf Grund eines auf andere als die im § 14 E. G. K. O. bezeichnete Weise begründeten Pfandrechts an einer unbeweglichen körperlichen Sache an."

Es sei gestattet, zum Schlufs noch ein Argument für die von uns vertretene Ansicht vorzubringen. Wie bekannt, läfst das Gesetz das constitutum possessorium allgemein zur Uebertragung von Besitz oder Eigentum zu; nur beim Mobiliarpfandrecht schliefst es seine Geltung aus. Das bedeutet also: Es wird einer sonst allgemein zugelassenen Rechtsform für einen bestimmten Fall die Gültigkeit entzogen, nämlich für die Bestellung eines Pfandrechts an Mobilien. Hätte das Gesetz dem constitutum possessorium die Gültigkeit auch für andere Fälle entziehen wollen, z. B. für die Sicherungsübereignung, so hätte es diese seine Absicht ebenfalls ausdrücklich kund thun müssen. Man kann einer singulären Bestimmung nicht den Stempel eines Verbotsgesetzes aufdrücken, das für alle Rechtsgeschäfte mit gleichem Erfolge Geltung beanspruchen dürfe, sondern: soweit nicht eine ganz bestimmte Ausnahme getroffen ist, findet die allgemeine Regel eben Anwendung.

Wir kommen also zu dem Resultat, dafs, wenigstens unter dem Gesichtspunkt des agere in fraudem legis, die Gültigkeit der Sicherungsübereignung durch c. p. nicht beanstandet werden kann, da weder § 14 E. G. K. O. noch die übrigen

[1]) E. R. G. Bd. 20, N. 32, S. 183.

pfandrechtlichen Bestimmungen den Charakter eines Verbotes haben.

Hinsichtlich der Frage nach der Gültigkeit der Sicherungscession können wir uns ganz kurz fassen. Es gelten für sie die gleichen Erwägungen, wie für die Sicherungsübereignung. Denn der § 15 E. G. K. O. kann ebenso wenig als verbietende Norm angesehen werden wie der § 14, sondern auch hier werden nur die Voraussetzungen geregelt, unter denen ein Gläubiger im Konkurse sein Pfandrecht an einer Forderung geltend machen kann. Die Gültigkeit der Sicherungscession kann daher von den Voraussetzungen einer gültigen Forderungsverpfändung nicht abhängig gemacht werden, wie Helwig[1]) irrtümlich behauptet.

---

§ 3.

Die lex commissoria pignorum und ihr Verhältnis zur Sicherungsübereignung und -cession.

Wir wenden uns nun zu dem anderen Angriffsmittel der Gegner, nämlich zu der Behauptung, dafs die Sicherungsübereignungen ungültig sein können und es in der Mehrzahl auch seien, weil sie gegen das Verbot der lex commissoria verstossen. Wir bemerken von vornherein, dafs diese Frage nicht dieselbe grofse Bedeutung hat wie die eben erörterte. Denn selbst wenn die gegnerische Behauptung zutrifft, so hat dies auf die Gültigkeit der Sicherung des Gläubigers keine Einwirkung; sie blieben trotzdem gültig. Um jedoch ein abschliefsendes Urteil über die Sicherungsübereignung zu gewinnen, ist es nötig, wenigstens in grossen Zügen die in Frage kommenden Punkte darzulegen.

Obwohl wir in den Quellen keine genaue Definition der lex commissoria finden, so läfst sich ihr Begriff doch mit ziemlicher Sicherheit ermitteln, infolge verschiedener Hilfsmittel[2]). Wenn

---

[1]) a. a. O. S. 391/92.

[2]) Vergleiche darüber Brill a. a. O. S. 35 ff.

man der Darstellung Dernburgs folgen darf[1]), so besteht der Inhalt dieses Gesetzes darin, dafs der Pfandgläubiger, wenn die Schuld fällig geworden und nicht bezahlt ist, ein Wahlrecht hat, „entweder die Pfandsache statt der Forderung für sich in Anspruch zu nehmen, oder die versicherte Forderung beizutreiben und von der lex commissoria abzustehen.“ Wählte er den Weg, dafs er die Pfandsache in Anspruch nahm, so behielt er aufserdem alle Beträge, die bereits auf die Schuldsumme abgezahlt waren (Nachweis dafür bei Brill, S. 43 ff.) Dieses pönale Element, vor allem aber das Wahlrecht des Pfandgläubigers bildete, — was von gegnerischer Seite meist nicht genügend gewürdigt wird — das charakteristische Merkmal der lex commissoria. Die durch dies Gesetz dem Gläubiger verliehene und von ihm häufig mifsbrauchte, rechtliche und wirtschaftliche Ueberlegenheit sowie die dadurch herbeigeführte Bedrückung und Schädigung des Schuldners bestimmten im Jahre 320 n. Chr. Konstantin den Grofsen, die lex commissoria beim Pfandvertrage streng zu verbieten. Dies Verbot findet sich in l. 3 C. de pactis pignorum 8, 35.

Anders als bei den Ausführungen über die Mobiliarhypothek und ihre Beseitigung ist nun hier sogleich zuzugestehen, dafs diese Bestimmung der l. 3 cit. allerdings den Charakter eines Verbotes hat, das allgemein gültig ist für alle derartigen Geschäfte. Dies Verbot ist durch das Bundesgesetz vom 11. November 1867 betreffend die vertragsmäfsigen Zinsen richtiger Meinung nach noch nicht aufgehoben. Wir werden daher die einzelnen Formen, in denen die Sicherungsübereignung vorkommt, kurz skizzieren und ihren Thatbestand mit dem der lex commissoria vergleichen müssen. Die gewonnenen Resultate sind dann auch für die Sicherungscession zu berücksichtigen.

Da für uns nur solche Sicherungsübereignungen in Frage kommen, wo der Schuldner eine Sache oder Forderung aus seinem Vermögen überträgt, die von der zu sichernden Forderung verschieden ist, so können wir uns in der Beweisführung auf diesen Fall beschränken:

[1]) Pandekten, Bd. 1, § 280. S. 689.

Die Sicherungsübereignungen lassen sich ihrer juristischen Form nach in zwei Hauptgruppen einteilen. Entweder ist das Rechtsgeschäft unter einer Suspensiv- bezw. Resolutivbestimmung abgeschlossen und der bedingt Verpflichtete im Besitz des Objektes geblieben, oder die Sicherungsübereignung ist durch constitutum possessorium erfolgt und der Gläubiger durch einen Nebenvertrag gebunden. Betrachten wir die erste Möglichkeit!

Die Uebertragung hat unter einer Suspensivbedingung stattgefunden. In diesem Falle erhält der bedingt Berechtigte das Eigentum an der Sache, wenn die Schuld nicht bis zum Eintritt der Bedingung getilgt ist. Es bedarf dann keinerlei Handlung oder Willenserklärung desselben zum Erwerb des Eigentums. Oder: die Uebertragung ist unter einer Resolutivbedingung erfolgt. Hier erhält der bedingt Berechtigte das Eigentum sofort, er verliert es aber in dem Augenblick, wo die Bedingung eintritt, gewöhnlich also, wenn die Forderung erlischt. Der Eintritt der Bedingung hat in beiden Fällen sogenannte dingliche Wirkung.

Vergleichen wir nun diesen Thatbestand mit dem der lex commissoria, um zu sehen, ob beide sich decken. Es wird ohne weiteres auch von gegnerischer Seite zugestanden,[1]) dafs das Verbot der lex commissoria keine Anwendung finden könne auf diejenigen Sicherungsübereignungen, wo vereinbart ist, dafs sich der Gläubiger, wie beim Pfandrecht, durch den Verkauf der Sache befriedigen und den Erlös, soweit er den Betrag der Schuld übersteigt (hyporocha), an den Schuldner abführen solle. Denn da der Gläubiger die Pflicht hat, die Interessen des Schuldners hierbei wahrzunehmen und für diligentia quam in suis einsteht, so mufs er die Sache so vorteilhaft wie möglich zu verkaufen suchen. Dadurch verliert eine solche Regelung des Vertragsverhältnisses für den Schuldner ihre Gefährlichkeit, da eine ungerechtfertigte Bereicherung ausgeschlossen ist. Ebenso wenig kann die Anwendung des Verbotes stattfinden, wenn dem Schuldner die Einlösung der

[1]) Leist a. a. O. S. 71. Bütow a. a. O. S. 12.

Sache auch noch nach Eintritt der Bedingung gestattet ist. Man verteidigt dagegen die Anwendung für den Fall, dafs der bedingt berechtigte Gläubiger das Objekt bei Eintritt bezw. Nichteintritt der Bedingung an Stelle der Forderung erhalten bezw. dauernd behalten soll.[1])

Wer, wie Bütow, das Wesen der lex commissoria darin sieht, dafs der Gläubiger an Zahlungsstatt Eigentum an der Sache erhält, wird diese Ansicht teilen müssen. Wer dagegen — und das scheint uns unbedingt richtig zu sein — das Charakteristische dieses Gesetzes in dem Wahlrecht des Gläubigers sieht und in dem Zufall des Eigentums nur eine mögliche, nicht eine notwendige Folge, wird mit uns die Richtigkeit obiger Meinung bestreiten müssen. Denn weder hat der Gläubiger bei der bedingten Sicherungsübereignung das Recht, die ihm vom Schuldner schon gemachten Teilzahlungen zu behalten, noch hat er irgend ein Wahlrecht. Er mufs — nicht kann! — die Sache behalten, und seine Forderung ist erloschen. Wollte jemand dagegen einwenden, dafs der Sachwert doch meist mehr betrage wie die Forderung, also eine Schädigung des Schuldners durch diesen Eigentumserwerb des Gläubigers stattfinde, so ist dies allerdings richtig. Wie man aber, allein in Folge dieser Schädigung, berechtigt sein soll, das Verbot der lex commissoria hier anzuwenden, ist nicht einzusehen.[2]) Zudem ist die Bestimmung, der Gläubiger solle die Sache an Stelle der Forderung behalten, diesem praktisch betrachtet lange nicht so günstig wie die Bestimmung der lex commissoria. Denn: Ist hier die Pfandsache untergegangen oder in ihrem Werte verschlechtert worden, so wird der Gläubiger selbstverständlich auf die Geltendmachung des ihm eingeräumten Wahlrechts verzichten und lieber seine Forderung eintreiben. Er kann also nie in die Lage kommen, gegen seinen Willen die Gefahr der Pfandsache zu tragen. Wohl aber ist dies möglich bei den bedingten Sicherungsübereignungen. Denn mit dem Eintritt bezw. Nichteintritt der Bedingung vollzieht

[1]) a. a. O. S. 11.

[2]) Ebenso Brill, a. a. O. S. 52.

sich ohne jedes Wahlrecht des Gläubigers der Uebergang oder die Konsolidation des Eigentums bei ihm; er hat jetzt kein Mittel mehr, den Schuldner zur Erfüllung seiner Schuld zu zwingen. Der Schuldner aber wird in den meisten Fällen davon absehen, die Schuld zu bezahlen, nur um dadurch eine minderwertige Sache zurückzuerhalten Er ist also in der Lage, die Gefahr auf den Gläubiger abzuwälzen.

Die zweite Gruppe der Sicherheitsübereignungen sind die sogenannten fiduciarischen. Hier wird — das ist der Hauptfall — dem Gläubiger unbedingt das Eigentum übertragen und zwar fast ausschliefslich durch constitutum possessorium. In einem Nebenvertrage wird jedoch vereinbart, dafs der Gläubiger nach Tilgung der Forderung zur Rückübertragung des Eigentums auf den Schuldner verpflichtet sein soll, Auch hier kann, wie zugestanden wird, das Verbot der lex commissoria nicht in Betracht kommen, es sei denn, wie Bütow behauptet[1], dafs das Wiedereinlösungsrecht des Schuldners an eine Frist gebunden ist, so dafs vom Ablauf derselben an der Gläubiger endgültig Eigentümer der Sache bleibt. Allein auch in diesem Falle kann aus den vorhin angeführten Gründen das Verbot nicht durchgreifen, denn es fehlt wiederum das Wahlrecht des Gläubigers wie auch an der Berechtigung, die auf die Schuld gemachten Teilzahlungen zu behalten.

Die Anwendbarkeit des Verbotes auf die Sicherungsübereignung überhaupt ist demnach zu verneinen.

Zu demselben Ergebnis wird man hinsichtlich der Sicherungscession gelangen müssen. Denn sowohl bei ihr als auch bei den hier nicht zu behandelnden bedingten Forderungsübertragungen zur Sicherung rechtfertigt der Thatbestand, aus denselben Gründen wie bei der Sicherungsübereignung, die Anwendung des Verbotes der lex commissoria ebensowenig wie dort.

Das Resultat unserer bisherigen Untersuchungen besteht also darin, dafs nach gem. Recht der Sicherungsübereignung und der Sicherungscession die Gültigkeit nicht versagt werden

---

[1] a. a. O. S. 11.

kann, ein Ergebnis, das sich trotz des Mifsbrauchs, der bei diesen Rechtsgeschäften möglich ist, doch gerade in seinen praktischen Konsequenzen und im Interesse des Verkehrs von dem gegnerischen vorteilhaft unterscheidet.

Kapitel 2.

Die Voraussetzungen der Sicherungsübereignung und der Sicherungscession.

§ 4.

Entstehungsgründe; juristische Konstruktion.

Bevor wir die Rechtsverhältnisse unserer Sicherungsgeschäfte näher darlegen, wird es geraten sein, den Gegenstand und Umfang der weiteren Darlegung genauer zu bestimmen. Es liegt nicht im Rahmen unserer Aufgabe, alle Rechtsformen in Betracht zu ziehen, die sich zur Sicherstellung verwenden lassen. Dazu würden z. B. gehören die schon erwähnten bedingten und fiduciarischen Uebertragungen einer Sache oder einer Forderung, die Depot- oder Kautionswechsel, mancherlei Dekkungsgeschäfte u. a. m. Es kann sich vielmehr nur darum handeln, ob auch die bedingten Sicherungsübereignungen eingehender zu behandeln sind oder nicht. In der Praxis kommen sie offenbar nur sehr selten vor. Denn unter allen Entscheidungen, die wir über Sicherungsübereignungen kennen, existiert nur eine einzige, die eine bedingte Eigentumsübertragung mit dinglicher Wirkung behandelt, Dies ist E. R. G. Bd. 2, S. 173. In allen anderen Fällen handelt es sich ausschliefslich um die fiduciarische Eigentumsübertragung durch constitutum possessorium. Unter dem Ausdruck Sicherungsübereignung ist fast immer nur dieses Rechtsgeschäft zu verstehen. Seine Behandlung soll die Grundlage unserer weiteren Ausführungen bilden, während wir die bedingten Sicher-

ungsübereignungen ihrer geringen Bedeutung gemäfs, nur beiläufig behandeln werden.

Während bei der Sicherungscession im Vertrage in der Regel ausdrücklich bemerkt wird, dafs die Forderung nur zur Sicherung cediert sei, fehlt diese Bestimmung gewöhnlich bei der Sicherungsübereignung. Diese hüllt sich vielmehr zumeist in die Form des Kaufvertrages ein, wo der Kaufpreis aufgerechnet wird mit der geschuldeten Forderung. Der Sprachgebrauch, von „Sicherungskäufen“ oder „Kauf zur Sicherung einer Forderung“ zu reden[1]), ist allerdings ungenau; denn durch den Kauf soll ja der Gläubiger hier faktisch garnicht befriedigt, sondern nur sicher gestellt werden. Gleichzeitig wird, wie bei der Sicherungscession, durch den Nebenvertrag dem Verkäufer die Berechtigung eingeräumt, zu jeder Zeit oder innerhalb einer bestimmten Frist die Sachen in Höhe des jetzigen Verkaufspreises zurückzukaufen. Bis zu diesem Zeitpunkt wird der Verkäufer miet- oder leihweise in dem Besitz der Sache gelassen gegen Erstattung eines Mietszinses, der meist dem Zinse der Forderung gleichkommt. Soll dieser Vertrag gültig sein, so müssen die notwendigen Voraussetzungen eines jeden Kaufvertrages erfüllt sein, nämlich: Vorhandensein der Ware und pretium certum; ferner müssen zum Uebergang des Eigentums die Erfordernisse des Eigentumserwerbes innegehalten sein. Die besondere Wirkung, die die Parteien durch das Rechtsgeschäft erzielen wollen, ist für dasselbe ohne Bedeutung. So ergiebt sich ein sicherer Mafsstab für die Behandlung gewisser typischer Fälle der Sicherungsübereignung sowohl wie der Sicherungscession. In der Praxis gestaltet sich nämlich die Sache bei der Sicherungsübereignung gewöhnlich so: Es wird ein Vertrag aufgesetzt, der in den ersten Paragraphen die Bemerkung enthält, dafs A an B bestimmte Gegenstände hiermit verkaufe und zu Eigentum übertrage. Daran schliefst sich eine Aufzählung dieser Gegenstände. Bis hierher haben solche Verträge also die Gestalt eines gewöhnlichen Kaufvertrages. Nun folgt jedoch im

[1]) Hellwig, a a O. S. 384/85.

nächsten Paragraphen eine Bestimmung, aus der hervorgeht, dafs es sich hier um ein Sicherungsgeschäft handelt. Es wird nämlich erklärt, dafs die zu sichernde Schuld durch den Kaufvertrag nicht etwa als erloschen zu betrachten ist, sondern dafs sie bestehen bleibt und der Verkäufer das Recht habe, nach Bezahlung der Schuld die Sache zurückzufordern. — Bei der Beurteilung dieses Vertrages sind nun folgende Punkte zu beachten: Wenn die Parteien wirklich die Absicht haben, durch diese Manipulation das Verbot der Mobiliarhypothek zu umgehen und diese Absicht auch ganz offensichtlich ist, so kann daraus allein die Nichtigkeit dieses Rechtsgeschäfts nicht gefolgert werden. Denn aufser der Umgehungsabsicht müfste noch hinzukommen, dafs die in Frage kommenden Gesetze den durch den Schleichweg erzielten Effekt unmöglich machen wollen, nicht nur den einen Weg, auf dem der Effekt gewöhnlich erzielt wird, dafs sie also die materielle Seite des Geschäftes, nicht nur eine formelle treffen wollen. Trotzdem würde jedoch eine Sicherungsübereignung der oben erwähnten Art ungültig sein. Denn wenn man den durch die Mobiliarhypothek zu erreichenden Zweck auf andere Weise erzielen will, so mufs man mindestens die dazu nötigen Voraussetzungen erfüllen. Diese sind aber in dem Beispiel nicht vorhanden; es fehlt das pretium verum. Denn wie aus dem Vertrage deutlich hervorgeht, ist es gar nicht der ernstliche Wille der Parteien, den im Vertrage genannten Preis als Kaufpreis anzusehen, dafs Eigentum auf den Käufer zu übertragen und die Schuld zum Erlöschen zu bringen. Es fehlt hier also gerade das Merkmal des fiduciarischen Rechtsgeschäfts, dafs die Parteien den durch die Form des Rechtsgeschäfts eingetretenen Erfolg wirklich erzielen und ihn nur durch den Nebenvertrag in seiner wirtschaftlichen Tragweite einschränken wollen. Die Parteien denken vielmehr garnicht daran, den juristischen Effekt, die Wirkungen des Kaufes, zu erzielen. Geht man der Sache auf den Grund, so sieht man, dafs kein gültiges fiduciarisches, sondern ein ungültiges simuliertes Geschäft vorliegt. Anders steht es, wenn z. B. folgender Vertrag vereinbart wird: A verkauft an B die näher

zu bestimmenden Sachen. Der Kaufpreis wird durch Kompensation mit der Schuldsumme gezahlt. Diese Schuld erlischt. A erhält jedoch mietweise den Besitz der Sachen und hat das Recht, gegen Erstattung des Kaufpreises die Rückübereignung der Sachen zu fordern. Dieser Vertrag ist gültig. Denn hier sind alle Requisite eines Kaufvertrages erfüllt; hier ist auch der Wille der Parteien, den juristischen Erfolg des Rechtsgeschäftes zu erreichen, ein ernstlicher. Der Umstand allein, dafs auch hier der Effekt einer Mobiliarhypothek erreicht wird, kann der Gültigkeit des Vertrages in keiner Weise schaden. — Nach denselben Gesichtspunkten sind natürlich auch die dem obenerwähnten Beispiel analogen typischen Fälle der Sicherungscession zu entscheiden. Nur wenn aus dem Vertrage oder der ganzen Sachlage ersichtlich ist, dafs es sich um ein ernstgemeintes fiduciarisches Geschäft handelt, ist die Vereinbarung gültig.

Was den Charakter des Nebenvertrages betrifft, so hat er am meisten Aehnlichkeit mit dem altrömischen pactum fiduciae. Während aber heut der Gläubiger den Schuldner zur Bezahlung der Forderung gegen Rückgabe des Objektes nicht zwingen kann, bestand bei dem alten pactum fiduciae das Forderungsrecht des Gläubigers neben der fiducia fort. — Natürlich kann sich die Sicherungsübereignung auch in die Form eines anderen Rechtsgeschäftes kleiden, doch müssen hier ebenfalls zur Gültigkeit des Geschäfts alle nötigen Voraussetzungen erfüllt sein. Sie kann sich schliefslich auch in die Form eines abstrakten Rechtsgeschäfts hüllen; wo also die causa des Vertrages nicht angegeben ist, derart, dafs der Verkäufer nur erklärt: „Hiermit übertrage ich das Eigentum an B.“ Die Gültigkeit einer so eingekleideten Sicherungsübereignung hängt dann immer wieder davon ab, ob die Tradition eine ernstlich gemeinte oder nur eine fingierte ist.

Aufser dieser freiwilligen Uebertragung durch Vereinbarung kann eine Sicherungsübereignung- oder -cession auch auf Grund eines richterlichen Urteils vor sich gehen und zwar im Teilungsverfahren.[1]) Die Leistungspflicht der unterlie-

[1]) Müller, Forderungspfandrecht u. Sicherungscession. Erlang. Inaug.-Dissert. 1897. S. 26.

genden Partei gegenüber der obsiegenden kann hier gesichert werden durch Uebereignung einer der verpflichteten Partei gehörigen Sache oder durch Cession einer Forderung, die der verpflichteten Partei einem Dritten gegenüber zusteht, wiederum mit der Nebenabrede, dafs nach Bewirkung der Leistung eine Rückübertragung vorzunehmen sei.

Es fragt sich noch, welche Stellung juristisch betrachtet der Sicherungserwerber oder Sicherungscessionar hat. Wir halten es für völlig gerechtfertigt, ihm grundsätzlich die Stellung eines Eigentümers einzuräumen. Allerdings sind seine Befugnisse durch den Nebenvertrag faktisch eingeengt. Die Dernburg'sche[1]) Konstruktion der fiduciarischen Rechtsgeschäfte vermögen wir nicht zu teilen. Er räumt nämlich dem Fidicuar nur nach aufsen die Stellung des Eigentümers ein, während er ihn nach innen auf die Stellung eines blofsen Bevollmächtigten beschränkt; daher sei auch die Sache bezw. die Forderung für ihn noch immer eine fremde. Doch diese Konstruktion dürfte, wie Lang[2]) wohl richtig bemerkt, juristisch unmöglich sein.[3]) Nicht anders steht es mit der Ansicht Dreyer's.[4]) Er leugnet die Bedeutung der fiducia bei der Sicherungscession überhaupt und sieht in derselben nur die Bevollmächtigung des Cessionars, im eigenen Namen für fremde Rechnung zu klagen. Auch ihm gilt der Fiduciar bei der fiduciarischen Eigentumsübertragung nur nach aufsen als Eigentümer, der je nach dem Charakter des beigefügten Nebenvertrages entweder das Eigentum auch unbeschränkt gegen Dritte geltend machen kann oder nur fremdes Recht im eigenen Namen verfolgt. — Aber alle diese Nebenabreden haben doch nur einen obligatorischen Charakter und können der Dinglichkeit der Uebertragung selbst keinen Abbruch thun. Vielmehr ist der Fiduciar, wenn er der Nebenberedung zuwider-

[1]) Pandekten I, § 100, S. 236.

[2]) Lang, die Wirkungen der fiduciarischen Geschäfte. Archiv f. d. civ. Praxis, Bd. 83, S. 336—56.

[3]) a. a. O., S. 344.

[4]) Dreyer, das fiduciarische Rechtsgeschäft Gruchots Beiträge, Bd. 40, S. 233 ff. u. 449 ff.

handelt, nur zum Schadenersatz verpflichtet, aber seine Verfügung selbst ist stets gültig, jedem gegenüber. Verwendet er also das übertragene Objekt für sich, so begeht er keine Unterschlagung. Wenn Dernburg[1]) sich zur Unterstützung der gegenteiligen Meinung auf das Urteil des Reichsgericht beruft (Bd. 3, S. 344 in Strafsachen), so beruht dies auf einem Mifsverständnis, denn dort ist nicht von einem fiduciarischen, sondern von einem simulierten Rechtsgeschäft die Rede.[2])

§ 5.
Der Gegenstand der Uebertragung und die gesicherte Forderung.

Wenn man mit uns von der Trennung eines Verhältnisses nach innen und nach aufsen absieht, so müssen für die Sicherungsübereignung im wesentlichen die für das Eigentum, für die Sicherungscession die für die Cession geltenden Vorschriften zur Anwendung kommen. Der besondere Zweck der Uebertragungen, der seinen Ausdruck in dem Nebenvertrage findet, bewirkt aber, dafs die obligatorische Gebundenheit des Fiduciars auf diese Vorschriften modificierend einwirkt. Hierauf ist bei der Darstellung besonders zu achten.

Die Sicherung des Gläubigers wird bei der Sicherungsübereignung durch eine Sache, bei der Sicherungscession durch eine Forderung herbeigeführt. Bei dem ersten Rechtsgeschäft vollzieht sich der Eigentumserwerb durch die Tradition mit animus dominii transferendi et acquirendi und zwar sofort und unbedingt. Auch bei der Eigentumsübertragung unter einer Resolutivbedingung fällt das Eigentum sofort an den bedingt Berechtigten, während bei der suspensiv bedingten Sicherungsübereignung dies erst mit Eintritt der Bedingung geschieht. Ebenso geht auch bei der Sicherungscession das Gläubigerrecht an der übertragenen Forderung sofort über. Die Beschaffenheit dieser Forderung ist für das Recht des Fiduciars selbst gleichgültig. Ob sie einen gegenwärtigen Wert hat oder einen zukünftigen, ob sie bedingt ist oder nicht, ob fällig

[1]) Pandekten I, § 100, S. 236.
[2]) Ebenso Lang, a. a, S. 344.

oder nicht fällig, — die Cession entsteht sofort. Auch die Forderung, die der Cedent aus einem zweiseitigen Vertrage hat, kann er zur Sicherung cedieren. Diese Uebertragung hat allerdings für den Sicherheitscessionar nur dann praktischen Wert, wenn er gleichzeitig in die Lage versetzt wird oder schon in der Lage ist, die Verpflichtungen des Cedenten gegenüber dem debitor cessus zu erfüllen, da sonst dieser die exceptio non adimpleti oder non rite adimpleti contractus erheben kann.[1])

Infolge des Uebergangs der Sache, bezw. der Forderung in das Vermögen des Erwerbers, ist eine nochmalige Uebertragung des Objektes seitens des bisherigen Eigentümers an einen dritten ungültig, da er ja garnicht mehr verfügungsberechtigt ist. Bei der resolutiv bedingten Sicherungsübereignung kann der Veräufserer, der jetzt die Sache für den bedingt Berechtigten detiniert, sie nicht wieder veräufsern, da bis zum Eintritt der Bedingung die Sache der rei vindicatio des Zwischeneigentümers unterliegt. Wohl aber kann er den von ihm aus betrachtet suspensiv bedingten Anspruch übertragen, den er an der Sache hat. In dem Augenblick, wo die Bedingung eintritt, geht dann das Eigentum über. Bei der suspensiv bedingten Sicherungsübereignung ist dem bedingt Verpflichteten dagegen während der Schwebezeit jede anderweitige Verfügung über die Sache gestattet. Für den bedingt Berechtigten liegt aber in dieser unbeschränkten Verfügungsfreiheit seines Kontrahenten eine erhebliche Gefahr. Die Quellen bestimmen daher, dafs alle diejenigen Rechte, die während der Schwebezeit entstanden sind, hinter den aus der bedingten Uebereignung enstandeneu Rechten rangiren sollen und sie auch nur soweit bestehen bleiben, als sie diesen Rechten nicht entgegenstehen. So l. 69 § 1 D. de legatis 1: Si servum sub condicione legatum heres alienaverit, deinde condicio exstiterit, potest nihilo minus a legatario vindicari nec exstinguitur legatum. — Dagegen kommen alle Vorteile, die ein Zwischeneigentümer erlangt hat, mit Eintritt der Bedingung auch dem

[1]) Dernburg a. a O. II, § 50, Anm. 3, S. 140.

bedingt Berechtigten zu statten. L. § 11 1 D. quem admodum seroitutes amittuntur 8,6 heres, cum legatus esset fundus sub condicione, imposuit ei servitutes: extinguentur, si legati condicio exsistat. Videamus, an adquisitae sequantur legatarium? et magis dicendum est, ut sequantur.

Ist die Uebertragung der Sache oder der Forderung verboten, so ist die Sicherungsübereignung oder -cession ungültig. Im römischen Recht war besonders die Veräufserung litigioser Mobilien und legierter Gegenstände gesetzlich verboten. Erteres Verbot ist durch § 236 der alten C. P. O. (jetzt § 265) aufgehoben worden; das andre hat gleichfalls keine Geltung mehr. Wo solche gesetzlichen Veräufserungsverbote aber bestehen, bewirken sie die Nichtigkeit der Uebertragung. Diese Nichtigkeit ergreift hier auch gleichzeitig das obligatorische Geschäft,[1]) das den dinglichen Erfolg bezweckt. Ist dagegen die Veräufserung der Sache nur vertragsmäfsig ausgeschlossen worden, so kann der Dritte, gegen dessen Recht die Veräufserung verstöfst, nicht die Rückgabe der Sache von dem Erwerber fordern, auch nicht, wenn die Sache nur zur Sicherung übereignet ist, sondern ist auf die persönliche Klage gegen den Veräufserer beschränkt, kraft deren er sein Interesse an der Nichtveräufserung geltend machen kann. Die gleiche Wirkung wie ein gesetzliches Veräufserungsverbot hat auch ein richterliches.

Es erhebt sich jedoch die Frage, ob die Nichtigkeit der Eigentumsübertragung bei der Sicherungsübereignung auch die der Besitzübertragung nach sich zieht. Dafs der blofse Besitz durch const. possess. übertragbar sei, ist im gemeinen Recht[2]) zwar nicht bestritten. Allein eine weitverbreitete Ansicht, die zuerst Exner[3]) aufgestellt hat, geht dahin, dafs für die Gültigkeit des Besitzerwerbes durch const. possess. das Vorhandensein einer justa causa notwendig sei. Man

[1]) Dernburg, a. a. O. I, § 217, S. 510 f.

[2]) a. a. O. S. 143 ff.

[3]) Exner, die Lehre vom Rechtserwerb durch Tradition nach östereich. und gemeinem Recht. 1867.

versteht darunter die Vereinbarung eines Rechtsverhältnisses, kraft dessen der Erwerber den Besitz erlangt, der Tradent jedoch die Sache für ihn detiniert; dieses Rechtsverhältnis mufs ferner ein gültiges sein. Geht man von diesem Standpunkt aus, so mufs man die Möglichkeit der Besitzübertragung in unserem Falle verneinen, denn es fehlt die justa causa. Zu der gleichen Anschauung gelangt auch Bütow.[1]) Er nimmt absolute Nichtigkeit der Sicherungsübereignung an, weil sie seiner Ansicht nach gegen das Verbot der Mobiliarhypothek verstöfst. Demgemäfs verneint er konsequent, dafs der juristische Besitz auf den Gläubiger übergegangen sei; er läfst ihn vielmehr beim Schuldner, der deshalb auch ferner zur Veräufserung der Sache berechtigt sei. Wir können diese Meinung schon deswegen nicht teilen, da uns ihre Voraussetzung unrichtig erscheint. Allein die von Bütow gezogene Konsequenz dünkt uns zudem dem wirklichen Sachverhalt und den Quellen zu widersprechen: dem Sachverhalt insofern, als sie die thatsächlichen Verhältnisse völlig ignoriert, ja den Willen und die Handlungen der Parteien geradezu in ihr Gegenteil zu verkehren geeignet ist. Dann aber auch den Quellen, denn uns ist keine Stelle bekannt, die eine derartige Folgerung zuliefse, und auch Bütow selbst vermag für seine mit den sonstigen Regeln der Besitzlehre in Widerspruch stehende Behauptung keinen Quellennachweis zu führen. — Sieht man mit Dernburg,[2]) entgegen der obigen Ansicht, von dem Erfordernis einer justa causa detentionis ab, so ist auch im Fall der Ungültigkeit der Sicherungsübereignung doch der Besitz übergegangen. Die Frage ist nicht blofs von theoretischem Interesse; denn der Erwerber des Besitzes hat, wenn er sich zum Erwerbe für befugt hielt, infolge seiner bona fides die Möglichkeit der Ersitzung der Sache innerhalb dreier Jahre. Er hat daher auch die Klage des gutgläubigen titulierten Besitzerwerbers, die actio Publiciana. Zwar schützt diese ihn nicht gegenüber dem Eigentümer, da dieser die exceptio do-

[1]) a. a. O. S. 38.

[2]) Pandekten I, § 181, S. 428, Anm. 5 und die dort Angeführten.

minii erheben kann. Hat ihn aber der wirkliche Eigentümer während der Ersitzungszeit nicht gestört und der Erwerber die Sache zu Eigentum ersessen, so hat er jetzt alle Rechte, wie bei einer gültigen Sicherungsübereignung. Vor allem ist er durch die actio Publiciana stets Dritten gegenüber geschützt, die die Sache von demselben Eigentümer erworben, aber erst später tradiert erhalten haben.[1])

Was die Sicherungscession angeht, so wird man die römischen Cessionsverbote, soweit sie noch für das gemeine Recht Gültigkeit haben, auch auf die Sicherungscession anwenden müssen. Es handelt sich besonders um das Verbot der Uebertragung an einen potentior und einer Mündelschuld an den Vormund. Wegen der geringen praktischen Bedeutung dieser beiden Fälle können wir uns ein näheres Eingehen darauf sparen. Die Ungültigkeit einer Sicherungscession ist ferner anzunehmen, wenn zwischen dem Cedenten und dem debitor cessus ein pactum de non cedendo geschlossen war; da dieser Vereinbarung nach der herrschenden Lehre des gemeinen Rechts dingliche Wirkung beizumessen ist. Ferner ist auf die verschiedenen Reichsgesetze[2]) hinzuweisen, in denen die Verpfändung und die Cession gewisser Ansprüche und Leistungen verboten ist. Diese Verbote haben natürlich dieselbe Geltung auch für die Sicherungscession. Schliefslich sind auch alle dienigen Forderungen nicht zur Sicherung cedierbar, die allein für die Person des Cedenten berechnet sind z. B. Witwenpensionen.

Während das sicherstellende Objekt bei der Sicherungsübereignung und Sicherungscession verschieden ist, besteht bei beiden das sichergestellte in einer Forderung. Der Inhalt derselben kann ein sehr mannigfacher sein. Meist wird es

---

[1]) Vergleiche zu dieses Frage auch die Ausführungen von Becker a. a. O. S. 32 ff., der die Frage eingehender behandelt, allerdings nur für das B. G. B.

[2]) Dazu gehören z. B.: Reichsgesetz vom 21. Juni 1896 betreffend die Beschlagnahme des Arbeits- und Dienstlohnes § 1 u. 2 (der Lohn darf nur gepfändet werden, soweit er schon verdient, fällig und noch nicht eingefordert ist); R. Militärgesetz, 2. Mai 1874 § 45; ferner Bestimmungen der socialpolitischen Gesetze etc.

sich zwar um Geldforderungen handeln, jedoch kann die Leistung, auf die die Forderung geht, auch Handlungen oder speciell oder generell bestimmte Objekte zum Inhalt haben. Für die Gültigkeit des Sicherungsgeschäftes ist es ferner gleichgültig, ob die sichergestellte Forderung eine gegenwärtige oder erst zukünftige, eine fällige, betagte oder bedingte ist. In allen diesen Fällen entsteht trotzdem die rechtliche Wirkung der Uebertragung sofort. Ja, selbst in dem Fall, dafs die sichergestellte Forderung nicht den Schutz der Klage genieſst, ist der Erwerber doch zur vollen Ausübung der übertragenen Rechte befugt. Infolge dieser Unabhängigkeit des übertragenen Objektes von der sichergestellten Forderung bleibt die Rechtsstellung des Erwerbers auch unberührt, wenn die gesicherte Forderung erlischt. Er ist dann auf Grund des Nebenvertrages zur Rückübertragung der Sache oder der Forderung verpflichtet.

Kapitel 3.

Wirkungen der Uebertragung.

§ 6.

Die Rechtsstellung der Kontrahenten und ihr Verhältnis zu einander.

Der Zeitpunkt der Uebertragung der Sache oder Forderung ist für die Rechtsstellung des Erwerbers maſsgebend und für sein Verhältnis zu dem Tradenten bezw. Cedenten. So, wie in diesem Augenblick die Sache oder Forderung beschaffen ist, geht sie über. Der Erwerber kann daher alle Rechte geltend machen, die zu dieser Zeit mit dem übertragenen Objekt der Sicherstellung verbunden sind z. B. Bürgschaften, Pfandrechte etc. Fraglich ist es, ob der Sicherungscessionar auch diejenigen Vorrechte geltend machen darf, die dem Cedenten eingeräumt sind, falls er die Forderung geltend machen würde. Die Entscheidung dieser Frage hängt davon ab, ob die besagten Vorrechte der Forderung gewährt waren

oder nur der Person des Cedenten bei ihrer Ausübung. Im letzteren Fall wird man ihren Uebergang auf die Person des Sicherungscessionars verneinen, im ersteren bejahen müssen.[1])

Der Augenblick der Uebertragung ist aufserdem bedeutsam für das Tragen der Gefahr. Ist zwischen dem Tradenten und dem Erwerber vereinbart worden, dafs ersterer nach Befriedigung des letzteren die Rückübertragung fordern könne, so trägt der Erwerber die Gefahr. Denn nach dem Untergang des tradierten Objektes wird der Schuldner sicherlich nicht zahlen. Ebenso steht es bei der resolutiv bedingten Sicherungsübereignung, wenn, wie gewöhnlich, der Eintritt der Bedingung nur durch Tilgung der Forderung herbeigeführt werden kann. Dagegen trägt bei der suspensiv bedingten Sicherungsübereignung vor Eintritt der Bedingung der Erwerber nur die Gefahr der Verschlechterung der Sache; er gilt also mit Eintritt der Bedingung durch Leistung der minderwertig gewordenen Sache als befriedigt. Ist die Sache dagegen gänzlich untergegangen, so hat der Veräufserer diesen Verlust zu tragen. l. 8 princip. Dig de periculo et commodo rei venditae 18,6: Si sub condicione res venierit, si quidem defecerit condicio, nulla est emptio, sicuti nec stipulatio. quod si exstiterit, Proculus et Octavenus emptoris esse periculum aiunt: idem Pomponius libro nono probat. Nach dem Eintritt der Bedingung dagegen hat der Gläubiger allein auch den Untergang der Sache zu tragen. Noch ungünstiger wird seine Lage, wenn vertragsmäfsig trotz Eintritts der Bedingung der Schuldner ein Wiedereinlösungsrecht behält. Dann kann der Gläubiger die Sache auch nicht veräufsern, da er sonst auf Schadensersatz haften würde. Allerdings steht ihm, wenn der Schuldner im Verzuge ist, das Recht des Selbsthilfeverkaufes zu.[2]) Er mufs jedoch den Schuldner vorher von dieser seiner Absicht benachrichtigen gemäfs l. 1 § 3 D. de periculo et commodo 18,6: effundere (scil. vinum) autem non statim poterit, priusquam testando denuntiet emptori, ut aut

[1]) Dernburg, a. a. O. II, § 51, Anm. 6, S. 143.

[2]) Dernburg, a. a. O. II, S. 121.

tollat vinum aut sciat futurum, ut vinum effunderetur. — Geht also die Sache nach der Anzeige, aber vor dem Verkaufstermin unter, so geht er leer aus. Hat er die Sache aber verkauft, so braucht er nur den dafür erhaltenen Preis zurückzuerstatten, wenn der Schuldner von seinem Wiedereinlösungsrecht Gebrauch macht. Ist bei der Sicherungsübereignung aber ausdrücklich eine Rückkaufsverpflichtung des Schuldners statuiert worden, so trägt er die Gefahr der übereigneten Sache.

Infolge des Ausscheidens des Objektes aus dem Vermögen des Tradenten sind vom Augenblick der Uebertragung an alle Mafsnahmen desselben gegenüber dem Erwerber unwirksam. Er kann also bei der Sicherungsübereignung mit der rei vindicatio jedem Dritten die Sache entziehen, dem sie der Schuldner tradiert hat. Dasselbe Recht hat auch der resolutiv bedingt Berechtigte. Beim Erwerb unter einer Suspensivbedingung dagegen behält der bedingt Verpflichtete die Verfügungsfreiheit. Einen Schutz gegen eine dadurch mögliche, allzugrofse Schädigung bieten dem bedingt Berechtigten unter Umständen die Bestimmungen der C. P. O. § 916 (früher § 796) über die Zulässigkeit eines Arrestes, desgleichen einer einstweiligen Verfügung. — Bei der Sicherungscession ist, wenn der Cedent die Forderung noch einmal an einen Dritten cediert, der Sicherungscessionar doch der allein Berechtigte. Zahlt der debitor cessus an den zweiten Cessionar ohne Kenntnis der ersten Cession, so ist er zwar befreit; allein der Sicherungscessionar kann die Leistung von dem Empfänger zurückfordern[1]), und zwar entweder „kraft wirklich erteilter oder fingierter[2]) Cession mittels der dem Schuldner erworbenen condictio ob causam datorum oder mit der actio negot. gest. directa." Zahlt der cessus trotz Kenntnis der Sicherungscession an den Cedenten, so mufs er noch einmal an den Sicherungscessionar zahlen. Bis zur Denuntiation seitens des Cedenten oder Sicherungscessionars kann er allerdings mit liberierender Wirkung an den Cedenten zahlen, selbst wenn er vorher ander-

[1]) Bähr, Jahrbücher für Dogmatik, Bd. 1, S. 351—502.

[2]) Zur Cessionslehre, S. 440/41.

weitig Kenntnis von der Cession erhalten hat. Dies ist aber bestritten.

Mit dem übertragenen Sicherungsobjekt kann der Erwerber nach Belieben verfahren. Er kann die Sache weiter veräufsern, verändern, vernichten u. a. m.; er kann die cedierte Forderung erlassen, zur Kompensation benutzen u. s. w. Bei der resolutiv bedingten Sicherungsübereignung kann der bedingt Berechtigte das Eigentum an der Sache ebenfalls weiter übertragen, allerdings nicht ohne Einschränkung. Tritt nämlich die auflösende Bedingung nicht ein, so erlangt in demselben Augenblick der zweite Erwerber volles dauerndes Eigentum, da sich durch den Ausfall der Bedingung das Eigentum bei dem bisher bedingt Berechtigten konsolidiert hat. Tritt aber die Bedingung ein, so äufsert sich die dingliche Kraft derselben darin, dafs ipso jure der frühere Rechtszustand wiederhergestellt wird und damit sowohl das Recht des bedingt Berechtigten als auch aller derer, die von ihm aus ein Recht ableiten. „Resoluto jure concedentis, resolvitur jus concessum." — Auch der suspensiv bedingt Berechtigte kann, falls er Besitz erlangt hat, das Eigentum unter denselben Bedingungen weiter übertragen, unter denen er es erlangen würde. Diese „Tradition im Hinblick auf einen künftig möglichen Eigentumserwerb des Tradenten" ist allerdings, wie Leist richtig bemerkt, nur eine „leere Form";[1]) allein sie ist doch mit voller rechtlicher Gültigkeit ausgestattet; denn in demselben Augenblick, wo die Bedingung eintritt und der bedingt Berechtigte Eigentum erlangt hat, gewinnt die Uebertragung an den Dritten volle Geltung

Wie aus dem vorhin Gesagten hervorgeht, hat der Erwerber bezüglich des tradierten Objektes rechtlich die Stellung eines Eigentümers. Thatsächlich ist seine Stellung doch eine beschränktere. Denn er mufs bei allen seinen Mafsnahmen stets Rücksicht nehmen auf den Nebenvertrag, da er im Fall einer Zuwiderhandlung gegen denselben schadenersatzpflichtig ist.

---

[1]) a. a. O. S 28

Infolge der blofs obligatorischen Bindung des Gläubigers bei der Sicherungsübereignung kann jedoch der Schuldner in eine sehr ungünstige Lage geraten, falls der Erwerber vertragswidrig die Sache veräufsert. Denn wenn der neue Erwerber dem Schuldner die Detention jetzt entzieht, so wird gerade das Resultat hereigeführt, das der Schuldner durch die Sicherungsübereignung vermeiden wollte, nämlich die Entziehung des Sachbesitzes. Gegen diese Gefahr giebt es u. E [1]) auch keine Sicherung. Eigentümer ist der Schuldner nicht mehr; auf diese Weise kann er also nicht in den Besitz der Sache gelangen. Durch den Nebenvertrag kann er die Veräufserung der Sache und die Entziehung der Detention ebenfalls nicht hindern, sondern ist auf seine Schadensersatzansprüche beschränkt. Auf Grund seiner Detention selbst vermag er den Uebergang des Eigentums und den Besitzverlust gleichfalls nicht zu vereiteln, denn er besitzt ja nicht suo, sondern alieno nomine, nämlich für den Gläubiger.

Von grofser praktischer Tragweite ist schliefslich die Regelung der Ansprüche, die dem Schuldner im Konkurse des Gläubigers zustehen — bezw. umgekehrt — hinsichtlich des übergebenen Objektes. — Betrachten wir zuerst den Fall, dafs der Erwerber im Konkurs fällt. Die Rechtsstellung des Schuldners wird hier in der Litteratur sehr verschieden behandelt. Eine Minderheit behauptet, da das Eigentum des tradierten Objektes auf den Gemeinschuldner übergegangen sei, so könne der Tradent seinen Anspruch an der Sache oder Forderung nur als Konkursforderung geltend machen. So Lang [2]) und Regelsberger. [3]) Die herrschende Meinung gesteht dagegen dem Veräufserer einen Aussonderungsanspruch zu, mit verschiedener Begründung: Dernburg [4]) infolge seiner eigenartigen Konstruktion des fiduciarischen Rechtsgeschäftes, Kohler [5]) unter Benutzung einer rei vindicatio utilis. — Wenn

[1]) Vgl. Becker, a. a. O. S. 27/28.
[2]) a. a. O. S. 341/42.
[3]) Archiv für civil. Praxis. Bd. 63, S. 187 ff.
[4]) a. a. O I, § 100, S. 236.
[5]) a. a. O. S. 353.

man streng die Konsequenzen der Eigentumsübertragung zieht, so mufs man allerdings verneinen, dafs dem Tradenten ein Aussonderungsrecht zusteht. Da er mangels einer ausdrücklichen Bestimmung der K. O. auch kein Absonderungsrecht hat, so ergiebt sich logisch, die Meinung Lang's als die allein richtige. Der Grund dafür, dafs die herrschende Meinung dem Fiducianten ein Aussonderungsrecht zuspricht, liegt, wie es scheint, vor allem darin, dafs er in der Stellung eines gewöhnlichen Konkursgläubigers eine gröfsere Einbufse erleidet, als zuerst billig erscheint. Daher statuieren die Vertreter dieser Meinung aus Zweckmäfsigkeitsrücksichten oder, wie Kohler, weil es sich um ein „Postulat der Gerechtigkeit" handle, hier eine Ausnahme von der allgemeinen Regel, dafs die bevorrechtigte Stellung im Konkurse ein dingliches Recht erfordert. Nun ist allerdings zuzugeben, dafs der Tradent infolge des Konkurses des Fiduciars eine bedeutend höhere Einbufse sich gefallen lassen mufs, als er vorher dachte, aber dieser Umstand darf uns nicht hindern, die allgemeine Regel doch auch hier anzuwenden. Es handelt sich in unserem Fall um Geschäfte, die die Parteien im Vertrauen auf die anständige Gesinnung des Kontrahenten abschliefsen, der Fiduciant vor allem in der sicheren Annahme, dafs sein Vertragsgegner nicht in Konkurs fallen wird. Wird nun das Vertrauen der einen Partei auf die Ehrlichkeit, die Geschäftstüchtigkeit oder Kapitalsicherheit der anderen getäuscht, so hat sie diesen Umstand eben allein zu tragen, wie jeder andere. Denn auch im Konkurse, wo es sich nicht um Sicherungsgeschäfte handelt, sieht der Gläubiger sein Vertrauen auf den Schuldner getäuscht und hat doch den Schaden allein zu tragen. Wenn man überhaupt annimmt, dafs das Eigentum bei der Sicherungsübereignung und -cession auf den Fiduciar übergegangen ist und von der Konstruktion, es liege geteiltes Eigentum oder blofse Bevollmächtigung vor, abgeht, so ist es schlechterdings unmöglich, ein Aussonderungsrecht hier anerkennen zu wollen. Denn man kann nicht in einem Falle den Fiduciar, im anderen seinen Kontrahenten die Stellung des Eigentümers geben. Hat der eine Eigentum, so hat es der andere eben nicht, sondern ist

wegen seines blofs obligatorischen Anspruches aus dem Nebenvertrage auf die Stellung eines gewöhnlichen Konkursgläubigers beschränkt. Diese Konsequenz ergiebt sich notwendig aus dem Gesetz, und wäre es durchaus falsch, sie als eine ungerechte anzusehen. Wir dürfen Zweckmäfsigkeitsrücksichten hier nicht für ausschlaggebend erachten. Demgemäfs ist die Ansicht Lang's zutreffend.

Die gleichen Gesichtspunkte werden auch dann mafsgebend sein müssen, wenn die Gläubiger des Erwerbers das zur Sicherung übertragene Objekt pfänden.

Wie steht es nun mit den Rechten des Sicherungserwerbers, wenn der Tradent in Konkurs geraten ist? Der Erwerber ist Eigentümer der Sache geworden, folglich kann er nach § 43 K. O. (früher 35) ein Aussonderungsrecht geltend machen. Diese Regelung erscheint uns als die allein zutreffende. Man könnte dagegen einwenden, die Gerechtigkeit erfordere, auch hier den wahren Willen der Parteien mehr zu berücksichtigen und nicht auf die Rechtsform allein zu sehen; infolge des pfandrechtlichen Charakters dieser Sicherungsgeschäfte sei der Erwerber nur wie ein Absonderungsberechtigter zu behandeln. So argumentiert die herrschende Meinung; uns scheint, mit Unrecht! Nicht nur rechtliche, sondern auch gerade wirtschaftliche Erwägungen sprechen für unsere Lösung. Denn der Sicherungserwerber würde schwerlich sein gutes Geld hingeben, wenn er nicht wüfste, dafs er durch das übergebene Objekt gedeckt ist, zumal wenn er weifs, wie schlecht die Lage des Schuldners ist und wie leicht der Konkurs über ihn eröffnet werden kann. Entzieht man nun dem Gläubiger seine gesicherte Stellung, so wird man grade den wirtschaftlich Schwachen, deren einzige Rettung solch ein Sicherungsgeschäft bilden kann, den Abschlufs desselben sehr erschweren oder ganz unmöglich machen. Zudem haben ja die Gläubiger, wenn der Wert des tradierten Objektes die geschuldete Leistung bedeutend übersteigt, immer noch die Möglichkeit, durch Befriedigung des Sicherungserwerbers den Mehrwert der Konkursmasse zu verschaffen.

Kapitel 4.

Ausübung und Beendigung des übertragenen Rechtes.

§ 7.

Die Geltendmachung und der Untergang des Rechtes.

Wie früher schon ausgeführt ist, trägt der Sicherungserwerber meist die Gefahr. Daher fallen ihm auch die Vorteile zu, die durch die übergebene Sache entstehen. § 3 Inst. de emptione et venditione 3, 23: commodum eius esse debet, cuius periculum est. Doch werden diese Vorteile — z. B. Tierjunge — in der Regel dem Detentor gewährt gegen Erstattung eines Mietszinses. Dieselben Rechte hat auch der Sicherungscessionar. Ist die sichernde Forderung sodann fällig geworden, so mufs er sie einziehen. Wird die Erfüllung verweigert, so mufs er klagen und zwar im eigenen Namen. Denn durch die Cession ist die Forderung selbst, nicht nur ihre Ausübung auf den Sicherungscessionar übergegangen. So die herrschende Lehre des gemeinen Rechtes. Bestreitet der Drittschuldner die Aktivlegimation des Cessionars, so mufs dieser den Uebergang der Forderung auf sich beweisen. Ist die Forderung bewirkt, so mufs er infolge der Bindung durch den Nebenvertrag die Hyperocha an den Cedenten abliefern Mit der Einziehung selbst erwirbt er das Eigentum, wenn der Inhalt der Forderung in der Leistung einer Sache bestand. Bestand er dagegen in dem Anspruch, nach Tilgung der Forderung dem Cedenten eine ihm gehörige Sache zurückzugeben, so läfst sich hierfür keine einheitliche Entscheidung treffen. Es entscheidet dann vielmehr die aus dem Nebenvertrage ersichtliche Abrede der Parteien, wonach dem Cessionar ein verschiedenes Recht eingeräumt werden kann.

Bezüglich der Geltendmachung der cedierten Forderung ist noch die wichtige Frage zu erledigen, welche Einreden der cessus dem Cessionar, der die sichernde Forderung erwarb, entgegensetzen kann, um dessen Ausübung des Rechtes

zu hindern. Die bis zur Denuntiation gegen den Cedenten enstandenen Einreden mufs sich auch der Sicherungscessionar gefallen lassen; denn die Lage des Schuldners darf durch die Cession nicht verschlechtert werden. Wie steht es aber mit solchen Einreden, die sich nicht auf die Forderung selbst, sondern auf die Person des Cedenten beziehen? Manche, z B. Windscheid[1]), nehmen hier an, dafs diese Einreden untergehen mit dem Wechsel „der bestimmten Gläubigerperson". Da aber die Existenz derartiger Einreden überhaupt sehr fraglich ist, so lehnt die herrschende Meinung[2]) diese Ansicht ab. Der Cessionar mufs sich danach alle bis zur Denuntiation entstandenen Einreden ex persona cedentis entgegenhalten lassen. Die ganze Frage entbehrt aber für die Sicherungscession einer praktischen Bedeutung; denn selbst vom Standpunkt Windscheid's aus mufs schon aus Billigkeitsrücksichten bei der Sicherungscession eine Ausnahme von dieser Meinung stattfinden, der Sicherungscessionar sich also z. B. die Einrede[3]) des Erlafsvertrages gefallen lassen. Ob er sich auch vom cessus den Einwand der Simulation entgegensetzen lassen mufs, ist bestritten. Die Praxis gestattet ihn nur dann, wenn der Drittschuldner nachweisen kann, dafs er ein besonderes Interesse an der Nichtcession hat.[4]) Dagegen kann der cessus niemals die Einrede geltend machen, dafs die Forderung nur zur Sicherung übertragen sei oder, dafs zwischen Cedenten und Sicherungscessionar vereinbart worden sei, die übertragene Forderung solle nur in bestimmter Weise geltend gemacht werden. Denn solche persönliche Vereinbarungen über die Ausübung des Gläubigerrechtes können das Schuldverhältnis[5]) selbst nicht berühren.

Für die Beendigung der übertragenen Rechte kommen in Betracht die Erlöschungsgründe des Eigentums bezw. der persönlichen Rechte. Bei der fiduciarischen Sicherungsüber-

[1]) Pandekten, 1891. VII. Aufl. § 332, Anm. 2, S. 240.
[2]) Dernburg, a. a. O. II, § 51, Anm. 8, S. 144.
[3]) Dreyer, a. a. O. S. 461.
[4]) Dernburg, a. a. O. II, § 49, S. 139.
[5]) E. R. G. Bd. 22. S. 162/63.

eignung geht das übertragene Recht unter durch Weiterveräufserung der Sache, ferner durch Ersitzung seitens eines Dritten und durch Dereliktion. Der Anspruch aus der suspensiv bedingten Sicherungsübereignung erlischt durch Nichteintritt der Bedingung, der aus der resolutiv bedingten mit Eintritt der Bedingung und zwar ipso jure. Während also bei den bedingten Sicherungsübereignungen das übertragene Recht eventuell durch Zahlung, Verzicht, Kompensation einer Forderung des bedingt Verpflichteten gegenüber der des Berechtigten u. s. w. unmittelbar erlöschen kann, ist dies bei der Sicherungsübereignung durch constit. possess. grundsätzlich nicht möglich. Hier bleibt in solchen Fällen das Recht des Erwerbers vielmehr noch bestehen und erlischt erst durch die Rückübertragung des Rechtes, zu er dann verpflichtet ist. Geht die versicherte Forderung durch Verjährung unter, so bleibt das übertragene Recht dadurch unberührt. Will der Tradent seine Sache daher zurückerhalten, so mufs er trotz der Verjährung die schuldige Leistung bewirken. — Ganz ebenso steht es bei der Sicherungscession; auch hier entsteht meist nur ein Anspruch auf Rückcession. Dagegen geht das Recht aus der übertragenen Forderung unmittelbar unter, durch Einziehung der Forderung seitens des Cessionars, durch Uebertragung an einen Dritten, durch Kompensation des cessus mit einer ihm gegen den Sicherungscessionar zustehenden Forderung und durch Konfusion. Die beiden Hauptfälle[1]) der letzteren, bei der sich Forderung und Schuld in derselben Person vereinigen, sind die Beerbung des Gläubigers durch den Schuldner bezw. umgekehrt und die Cession einer Forderung an den Schuldner. Da die zweite Möglichkeit für unsere Betrachtung ausscheidet, weil der Cedent die Forderung, die er dem Sicherungscessionar cedierte, nicht auch dem cessus übertragen kann, so bleibt allein übrig, die Beerbung als Konfusionsgrund zu betrachten. Wird bei der Sicherungsübereignung der Veräufserer Erbe des Erwerbers, — im umgekehrten Fall würde eine ganz entsprechende Regelung statt-

[1]) Dernburg, a. a. O. II. § 67, S 185.

finden, — so erhält er das Eigentum an der Sache zurück; der Nebenvertrag erlischt. Bei der suspensiv bedingten Sicherungsübereignung hört die Gebundenheit des bedingt Verpflichteten auf; bei der resolutiv bedingten fällt die Sache wieder an den Tradenten zurück. Ebenso steht es bei der Sicherungscession. Hier erhält der Cedent das Gläubigerrecht an der sicherstellenden Forderung frei von jeder Einschränkung, denn der Nebenvertrag hat keine Wirkung mehr. Da aber bei der Cession drei Personen in Frage kommen, nämlich noch der debitor cessus, so ist auch Konfusion zwischen ihn und dem Cessionar oder dem Cedenten möglich. Wird der Cessionar Erbe des cessus, so fällt die Möglichkeit weg, die cedierte Forderung geltend zu machen; der Sicherungscessionar als Gläubiger zieht die Forderung von sich selbst als Schuldner ein. Da ihm aber die cedierte Forderung nur in Höhe der versicherten zukommt, so hat er auch in diesem Fall auf Grund des Nebenvertrages die Hyperocha an den Cedenten herauszugeben; andererseits kann er diesen wegen des Ausfalles in Anspruch nehmen, den er infolge des geringeren Wertes der übertragenen Forderung durch die Konfusion erlitten hat.[1]) Ist der Inhalt der Leistung bei beiden Forderungen ein verschiedener, so kann der Cedent entweder nach Tilgung seiner Schuld gegenüber dem Cessionar von diesem Herausgabe der Sache fordern, oder der Cessionar kann sich aus der Sache befriedigen, mufs aber dann die Hyperocha abliefern oder hat bei Ausfall wegen derselben noch einen Anspruch an den Cedenten. — Gehen schliefslich durch Erbgang die Rechte des cessus auf den Cedenten über, so hat der Sicherungscessionar ein doppeltes Recht: Entweder er zieht die ihm cedierte Forderung ein oder die ihm eigentlich gegen den Cedenten zustehende. Thut er letzteres, so ist ihm die Möglichkeit genommen, auch die sicherstellende Forderung geltend zu machen, denn dieser Geltendmachung steht eine peremptorische Einrede des Cedenten gegenüber. Will er sich dagegen aus der cedierten Forderung befriedigen, so kann er dies nur in Höhe

[1]) Ebenso Müller, a. a. O., S 51.

seiner eigenen Forderung thun; der Geltendmachung des Mehrbetrages stände eine exceptio doli entgegen. Ist dagegen das Objekt der sicherstellenden und der sichergestellten Forderung ein verschiedenes, so kann der Cessionar, wenn er die sicherstellende Forderung geltend macht, die ganze Leistung auf die die Forderung geht, einziehen. Er hat jedoch dann den Ueberschufs abzuliefern bezw. eine Forderung wegen des Ausfalles.

Zweiter Teil.

Bürgerliches Gesetzbuch.

Kapitel 1.

Die Zulässigkeit der beiden Sicherungsgeschäfte.

§ 8.

Die rechtliche Zulässigkeit der Sicherungsübereignung und der Sicherungscession.

Eine ausdrückliche Regelung der Sicherungsübereignung und der Sicherungscession hat im B. G. B. nicht stattgefunden. Daher hat sich auch für das neue Recht bereits die Streitfrage erhoben, ob die Sicherungsübereignung durch constit. possess. und die Sicherungscession anzuerkennen seien. Kuhlenbeck[1]) verneint die Gültigkeit wenigstens der Sicherungsübereignung auch für das B. G. B., indem er unter Benutzung der Kohler'schen Beweisführung (Jahrbücher Bd. 16 a. a. O.) dies Rechtsgeschäft als in fraudem legis abgeschlossen erachtet; die Sicherungscession läfst er gelten. Dagegen bestreitet Stammler[2]) auch deren Gültigkeit für das B. G. B. Beide Anschauungen befinden sich jedoch in der Minderheit; von weit aus den meisten Schriftstellern wird die Gültigkeit der beiden Sicherungsgeschäfte für das B. G. B. nicht beanstandet. Und diese Ansicht dürfte auch wohl die richtige sein. Was zuerst die Anschauung Kuhlenbeck's betrifft, so sprechen die-

[1]) Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum bürgerlichen Gesetzbuch 1900, I, § 15 S. 401.

[2]) Stammler, Das Recht des B. G. B. in Einzeldarstellungen. 1897. Schuldverhältnisse, § 53, S. 196.

selben Gründe, die wir schon früher für das gemeine Recht angeführt haben, jetzt im erhöhten Mafse gegen die von ihm vertretene Meinung. Man stützte sich im gem. R. auf das Motiv des Gesetzgebers, den Grundsatz der Publicität des Pfandrechts durchzuführen. Es mag dahin gestellt bleiben, ob man berechtigt ist, den Motiven eine derartige Bedeutung beizulegen, wie die Gegner der Sicherungsübereignung für das gemeine Recht es thun. Jedenfalls verliert gerade diese Argumentation für das B. G. B. ihre Berechtigung. Denn wie die Protokolle der Kommission für die zweite Lesung[1]) zeigen, wurde hier ausdrücklich der Antrag abgelehnt, die Ungültigkeit des constit. possess. für alle Veräufserungen zu statuieren, durch die dem Erwerber Sicherung wegen seiner Forderung gegeben werden sollte, mit folgender Begründung: „Aus dem Umstande, dafs der Gesetzgeber zur Begründung eines beschränkten dinglichen Rechtes an einer fremden beweglichen Sache zum Zwecke der Sicherung einer Forderung die Uebergabe der Sache an den Gläubiger verlange, folgt für ihn keineswegs die Notwendigkeit, auch für die Eigentumsübertragung zum Zweck der Sicherung körperliche Uebergabe vorzuschreiben."

Sieht man davon ab und hält sich nur an das Gesetz, so findet man auch hier keine Unterstützung der gegnerischen Ansicht. Denn aus der Bestimmung des allein in Frage kommenden § 1205 B. G. B. („Zur Bestellung des Pfandrechtes ist erforderlich, dafs der Eigentümer die Sache dem Gläubiger übergiebt und beide darüber einig sind, dafs dem Gläubiger das Pfandrecht zustehen soll") ist in keiner Weise ersichtlich, dafs diese Norm einen verbietenden Charakter tragen soll, vielmehr werden hier offenbar nur die Voraussetzungen angegeben, unter denen ein gültiges Faustpfandrecht entsteht. — Auf Grund dieser Beweisführung kann daher die Zulässigkeit der Sicherungsübereignung nicht angegriffen werden. Wie notwendig übrigens die scharfe Trennung der fiduciarischen Rechtsgeschäfte von den simulierten ist, wird so recht klar, wenn man liest, dafs noch in der Kommission für die zweite

---

[1]) Achilles, Gebhard u. s w. III, S. 200/1.

Lesung die Nichtigkeit der Sicherungsübereignung [1]) mit der Behauptung begründet wurde, dafs es sich hier ausnahmslos(!) um simulierte Geschäfte handele. Von diesem Standpunkt aus kommt man sicherlich nicht zu einer richtigen Würdigung des Wesens der Sicherungsübereignung.

Bei der Ablehnung des oben angeführten Antrages in der Kommission wurde auch ausgeführt: „Die Annahme[2]) des Antrages würde kaum gerechfertigt sein; wenn man nicht auch für die fiduciarische Abtretung einer Forderung entsprechende Bestimmungen aufnähme." Da dies nicht geschehen ist, so ist also nach der Meinung der Kommissionsmehrheit die Gültigkeit der Sicherungscession für das B. G. B. anzuerkennen. Dem gegenüber vertritt Stammler[3]) die entgegengesetzte Meinung. Er stützt sich dabei auf § 409 B. G. B. als die ausschlaggebende Bestimmung. („Zeigt der Gläubiger dem Schuldner an, dafs er die Forderung abgetreten habe, so mufs er dem Schuldner gegenüber die angezeigte Abtretung gegen sich gelten lassen, auch wenn sie nicht erfolgt oder nicht wirksam ist.") Aus dieser, den Schutz des Schuldners bezweckenden Norm folgert Stammler nun, dafs der Schuldner bei der fiduciarischen Sicherungscession „die an sich nach der Meinung der Vertragschliefsenden nicht als eine Abtretung der Forderung voll wirksam" wäre, ein Recht habe, „sich auf die fiduciarische Cession ebenso zu berufen, als wenn es eine völlig wirksame, regelmäfsige Abtretung wäre; aber er ist nicht verpflichtet, sich mit einem Dritten angeblich Forderungsberechtigten einzulassen, der weder in unbeschränkter Weise sein neuer Gläubiger geworden ist, noch auch blofs als Stellvertreter des alten Gläubigers auftritt." Wir vermögen diese Auffassung nicht zu teilen. Die Cession ist, wie im gem. R., so auch im B. G. B. ein abstraktes Rechtsgeschäft; die Uebertragung selbst ist scharf zu trennen von der causa cessionis, dem Cessionsgrund; diesem gegenüber ist die Uebertragung selbständig. Für die Uebertragung ist es daher gleich-

[1]) Achilles Protokolle III, S. 200 II.

[2]) a. a. O. S. 201.

[3]) a. a. O. S. 196

gültig, welchen Zweck die Parteien mit derselben verfolgen, ob Veräufserung oder Sicherung etc.; nur darauf kommt es an, ob die Uebertragung selbst ernstlich gewollt und wirksam ist. Nun kann es jedoch keinem Zweifel unterliegen, dafs bei der Sicherungscession die Uebertragung der Forderung sowohl erfolgt als auch voll wirksam ist. Denn die Vereinbarungen, die die Parteien in dem Nebenvertrage getroffen haben, lassen die Uebertragung selbst unberührt.[1]) Auf den Sicherungscessionar geht das volle Gläubigerrecht über, und, was er auch immer mit der Forderung vornimmt, seine Handlung ist stets voll wirksam, der Cedent ist bei Zuwiderhandlung gegen den Nebenvertrag stets auf die Schadenersatzklage angewiesen. Daher steht es keineswegs im Belieben des cessus, sich mit dem Sicherungscessionar einzulassen oder nicht. Denn weder ist dieser nur ein „angeblich Forderungsberechtigter," noch ist er dem Schuldner gegenüber in seiner neuen Gläubigerstellung irgendwie beschränkt; vielmehr kann der Sicherungscessionar, wenn nicht der Cessionsakt wegen anderer Mängel ungültig ist, den Schuldner stets zur Erfüllung der cedierten Forderung zwingen.[2]) „Der § 409 B. G. B. bezieht sich daher auf die Sicherungscession nur in derselben Weise, wie auf jede andere mit Mängeln behaftete Cession. Denn an sich ist sie voll wirksam."

Nachdem wir die Gültigkeit der beiden Sicherungsgeschäfte für das B. G. B. somit festgestellt haben, wollen wir bei der Behandlung der einzelnen Rechtsgeschäfte uns darauf beschränken, die Punkte zu erörtern, wo die Regelung zweifelhaft oder anders ist, als im gem. R. In der Hauptsache sind die Ergebnisse für das gem. R. und das B. G. B. dieselben.

---

[1]) Vgl. auch Endemann, Lehrbuch des B. G. B., Bd. I, S. 674: Die besondere Gestaltung der Rechtsbeziehungen der Vertragschliefsenden untereinander nimmt der Abtretung die volle dingliche Wirkung nach aufsen nicht.

[2]) Hölder, Commentar II, 1. Anm. 4. zu § 398, S. 362.

Kapitel 2.

Die einzelnen Sicherungsgeschäfte.

§ 9.

Die Sicherungsübereignung durch const. possess. und die bedingten Sicherungsübereignungen.

Der Begriff des constit. possess. im gem. R. deckt sich nicht mit dem des B. G. B. Nach gem. R. macht die Uebergabe durch c. p. den Erwerber zum alleinigen juristischen Besitzer; der Tradent dagegen hört auf, im eigenen Namen zu besitzen und wird zum bloßen Detentor. Für das B. G. B. sind zwei Fälle scharf zu unterscheiden. Denn während das gem. R. nur einen einheitlichen Besitz einer Sache zuläßt im Gegensatz zur bloßen Detention, kennt das B. G. B. mehrere Abstufungen des Besitzes: den unmittelbaren und den mittelbaren Besitz. Der Eigentümer kann also einmal eine Sache veräußern, ohne reale Uebergabe derselben, unter der Vereinbarung, daß er von jetzt ab für den nunmehrigen Besitzer die thatsächliche Gewalt über die Sache ausüben werde. Dazu ist nach § 855 B. G. B. nötig, daß sich der bisherige Eigentümer im Haushalt, Erwerbsgeschäft oder in einem ähnlichen Verhältnis zum Erwerber befindet, so daß er dessen sich auf die Sache beziehenden Weisung Folge zu leisten hat. Dann erlangt der Erwerber dadurch die Stellung eines unmittelbaren Besitzers, der bisherige Eigentümer ist dagegen zum Besitzdiener geworden; er entbehrt als solcher der Rechte des Besitzers, nur hat er gleich diesem die Befugnis, sich gegenüber verbotener Eigenmacht in Beziehung auf die Sache des Rechtes der Selbsthilfe aus § 859 B. G. B. zu bedienen; so § 860 B. G. B. Dieser Fall entspricht dem c. p. des gem. R. Der zweite, wohl häufigere Fall, ist geregelt in § 930 B. G. B. bei der Lehre vom Erwerb des Eigentums an beweglichen Sachen. Denn auch im B. G. B. findet meist zugleich mit der Uebertragung des Besitzes die des Eigentums statt. Hiernach kann die Uebergabe der Sache dadurch ersetzt werden, daß zwischen dem Eigentümer und dem Erwerber ein Rechtsverhältnis vereinbart wird, vermöge dessen der

Erwerber den mittelbaren Besitz erlangt. Diese gesetzliche Bestimmung ist in doppelter Hinsicht bemerkenswert. Einmal wird die gemeinrechtliche Streitfrage über die causa detentionis entschieden und zwar dahin, dafs die causa bei der Uebertragung durch c. p. gefordert wird. Sodann interessiert uns vor allem die Verteilung des Besitzes auf Grund dieses § 930. Der bisherige Eigentümer bleibt danach auch ferner selbständig im Besitz der Sache, sein Besitz ist sogenannter Fremdbesitz. Der Erwerber dagegen ist mittelbarer Besitzer und zwar Eigenbesitzer. Bei der Sicherungsübereignung kann daher der Tradent, der unmittelbarer Besitzer ist, sich des Besitzschutzes in seinem ganzen Umfang bedienen, also anders als bei der Detention des gem. R. Die Lage des Erwerbers freilich ist weniger günstig. Denn im Verhältnis zum unmittelbaren Besitzer mufs der mittelbare Besitzer nachstehen. Mifsbraucht also bei der Sicherungsübereignung durch c. p. der bisherige Eigentümer die in seinem unmittelbaren Besitz befindliche Sache, so dafs sie sehr entwertet wird und die Sicherung des Erwerbers vernichtet zu werden droht, so hat dieser gleichwohl dem unmittelbaren Besitzer gegenüber weder eine possessorische Klage noch die possessorische Selbsthilfe. Denn der in § 859 dem mittelbaren Besitzer gegenüber verbotener Eigenmacht gegebene Rechtsschutz ist dort wohl erschöpfend geregelt[1]); in diesem Paragraphen ist aber kein Schutz gegen den unmittelbaren Besitzer, sondern nur gegen dritte Personen gegeben.[2]) Und noch aus einem anderen Grunde erscheint die Rechtsstellung des Erwerbers nicht sonderlich gesichert. Ist ihm nämlich nach § 930 eine Sache veräufsert worden, an der der Tradent gar kein Eigentum besafs, so wird der Erwerber nach § 933 B. G. B. erst in dem Augenblick Eigentümer, wo ihm der Tradent die Sache real übergiebt. Solange dieser noch im Besitz der Sache sich befindet, mufs der Erwerber darauf gefafst sein, dafs sich

[1]) Cosack, Lehrbuch des B. G B, Bd. II, Teil 1, § 190. S. 82.

[2]) Ebenso Biermann, Commentar zum B. G. B, Anm. 1 zu § 859, S. 10. Anderer Ansicht Fischer-Henle, Handausgabe des B. G. B. Anm. 7 zu § 869, S. 397 und Gierke, Fahrnisbesitz, 7, Anm. 15.

das vom Tradenten behauptete Eigentum als nicht vorhanden herausstellt und der wirkliche Eigentümer sich durch die Eigentumsklage aus § 985 den Besitz der Sache wieder verschafft. Derartige Fälle werden allerdings in der Praxis nicht so häufig vorkommen, dafs daraus eine seltenere Anwendung der Sicherungsübereignung durch c. p. befürchtet werden müfste.

Wir haben schon oben darauf hingewiesen, dafs das c. p. des B. G. B. eine causa erfordert. Es ist nun, wie vorher für das gem. Recht, so auch hier zu untersuchen, ob durch Ungültigkeit der causa — z. B. die Veräufserung verstöfst gegen das gesetzliche Veräufserungsverbot des § 134 B. G. B. und ist daher nichtig — auch der Uebergang des Besitzes vereitelt wird. Die Frage hat allerdings für das B. G. B eine mehr theoretische Bedeutung. Denn während nach gem. R. infolge der kurzen dreijährigen Ersitzungszeit der Putativeigentümer sich durch die Ersitzung der übereigneten Sache die Stellung eines rechtmäfsigen Sicherungserwerbers verschaffen konnte, ist durch § 937 B. G. B diese Möglichkeit in eine sehr weite Ferne geschoben. Denn nach § 937 ist zur Ersitzung des Eigentums an Mobilien zehnjähriger Eigenbesitz nötig; derartige Sicherungsübereignungen werden aber wohl sehr selten vorkommen. — Für die Entscheidung der Frage würde § 868 in Betracht kommen: Besitzt jemand eine Sache als Niefsbraucher . . . oder in einem ähnlichem Verhältnisse, vermöge dessen er einem andern gegenüber auf Zeit zum Besitze berechtigt oder verpflichtet ist, so ist auch der andere Besitzer (mittelbarer Besitz)". Wie Becker[1]) richtig bemerkt, ist die Entscheidung, ob die Ungültigkeit der Uebereignung auch die der von § 868 geforderten Berechtigung oder Verpflichtung nach sich zieht oder nicht, quaestio facti. Allein wir können ihm darin nicht beistimmen, wenn er den Uebergang des Besitzes nur beim Vorhandensein einer gültigen Vereinbarung zulassen will. Er führt zur Begründung seiner Ansicht aus, dafs der mittelbare Besitz des B. G. B.[2]) keineswegs, wie der Besitz des gem. R.,

[1]) a. a. O. S. 52.
[2]) a. a. O. S. 59.

eine „res plus facti quam juris“, sondern vielmehr ein sehr künstlich konstruiertes Rechtsverhältnis sei. Wegen dieser Natur des Besitzes als Thatsache aber habe man im gem. R. beim c. p. den Besitzübergang auch dann zugelassen, wenn nur eine putativ gültige causa detentionis vorgelegen habe — Der mittelbare Besitz ist jedoch nicht entfernt ein so künstliches Gebilde, wie Becker meint. Denn ganz abgesehen davon, dafs die Unterscheidung zwischen mittelbarem Besitz und unmittelbarem schon Jahrhunderte alt ist und dem deutschen Rechte[1]) angehört, ist der mittelbare Besitz ebenso eine res plus facti quam juris wie der gemeinrechtliche Besitz. Denn er bedingt stets, dafs thatsächlich der unmittelbare Besitzer[2]) „seine Gewalt über die Sache in den Dienst des mittelbaren Besitzers stellt“.[3]) Faktisch ist der mittelbare Besitzer dominus der Sache, während der unmittelbare nur die Funktion eines Stellvertreters ausübt. Wir nehmen also an, dafs der Erwerber mittelbarer Besitzer wird, auch wenn das Rechtsverhältnis aus § 868 nur ein Putativverhältnis ist.[4])

Nach unseren bisherigen Ergebnissen zu urteilen, ist die Lage des Tradenten bei der Sicherungsübereignung durch c. p. nach dem B. G. B. eine bessere wie im gem. R. Allein völlig gesichert ist er offenbar nur dann, wenn der von ihm durch die Sicherungsübereignung beabsichtigte Erfolg, der dauernde weitere unmittelbare Besitz der Sache, durch den Erwerber nicht gefährdet oder vernichtet werden kann. Wie wir gesehen haben, ist er im gem. R. dagegen nicht geschützt. Wie steht es nun mit dieser für den Schuldner so bedeutungsvollen Frage im B. G. B.? Einen Fingerzeig zur Beurteilung der in Betracht kommenden Punkte giebt § 986 Abs. 2. „Der

---

[1]) Vgl. Gierke, a. a. O. S. 6.

[2]) Cosack, a. a. O. II, S. 63.

[3]) Vgl. dazu auch Gierke a. O. S 7, Anm. 15: „Entscheidend ist die durch ein derartiges Verhältnis fortdauernd behauptete thatsächliche Sachherrschaft, die anerkannte Position als Besitzherr, die Möglichkeit der Verfügung über die Sache.

[4]) Ebenso Fischer-Henle, Anm. 2 zu § 868, S. 396, aber ohne Begründung.

Besitzer einer Sache, die nach § 931 durch Abtretung des Anspruchs auf Herausgabe veräufsert worden ist, kann dem neuen Eigentümer die Einwendungen entgegensetzen, welche ihm gegen den abgetretenen Anspruch zustehen.“ Veräufsert also der Sicherungserwerber die im Besitz des Tradenten befindliche Sache durch Abtretung des Herausgabeanspruches, so kann der neue Erwerber dem Besitzer die Sache nicht entziehen; denn dieser kann ja die Einwendung machen, dafs er dem Veräufserer gegenüber zum Besitze berechtigt gewesen sei. Dafs er diese Berechtigung auf Grund eines nur persönlichen Rechtes hat, ist ausreichend. Nun liegt aber die Möglichkeit nahe, dafs der im mittelbaren Besitz befindliche Veräufserer die Sache statt im Wege des § 931 vielmehr durch c. p. weiter überträgt. Dadurch würden dem Schuldner dann freilich die Einreden, die er gegen den Veräufserer hatte, abgeschnitten, denn § 986 Abs. 2 läfst sie nur zu bei einer Veräufserung nach § 931, nicht auch nach § 930. Est ist daher zu untersuchen, ob auch der im mittelbaren Besitz befindliche Erwerber das Recht hat, die Sache durch c. p. zu übereignen, oder ob er sich stets der Abtretung des Herausgabeanspruches bedienen mufs. Das Gesetz selbst giebt keine eindeutige Antwort darauf; es heifst im § 930 nur: „Ist der Eigentümer im Besitz der Sache“; der Besitz selbst wird nicht genauer bestimmt. Becker[1]) will diese Bestimmung so auslegen, als ob hier unter Besitz nur unmittelbarer Besitz verstanden sei. Er weist zur Begründung darauf hin, dafs schon die äufsere Formulierung der §§ 930 und 931 durch die Gegenüberstellung von „Eigentümer“ und „Dritter“, einen scharfen Gegensatz beider Paragraphen andeute; da aber unter Besitz des Dritten in § 931 unstreitig kein Alleinbesitz verstanden sei, so sei wegen des Gegensatzes in § 930 ein solcher anzunehmen. Anderenfalls sage das Gesetz nur etwas Selbstverständliches; und es läge dann eine Tautologie vor. — U. E. weist nichts im Gesetz auf den von Becker behaupteten scharfen Gegensatz hin, vielmehr berechtigt gerade der genau sich deckende Wortlaut

[1]) a. a. O. S. 40.

zu Beginn der beiden Paragraphen, in beiden unter „Besitz“ dasselbe zu verstehen. Wenn man also annimmt, dafs § 931 bei mittelbarem und unmittelbarem Besitz Anwendung findet — was keineswegs ganz unanfechtbar ist, wie aus Biermann, Anmerk. zu § 931, S. 74 hervorgeht —, so hat dasselbe auch von § 930 zu gelten. Der § 931 stellt sich also unter diesem Gesichtspunkt als ein specieller Fall des § 930 dar. Becker behauptet zwar, für diese Auslegung sprächen keine besonderen Gründe, allein mit Unrecht! § 868 sagt ganz ausdrücklich: „Besitzt jemand . . . . . , so ist auch der andere Besitzer (mittelbarer Besitz).“ Daraus erhellt doch offenbar, dafs überall, wo das Gesetz von Besitz spricht, darunter auch der mittelbare Besitz zu verstehen sei. Nur da, wo ein ganz besonderer Grund [1]) gegeben ist, darf man davon eine Ausnahme machen. Auch dem anderen Argument Beckers vermögen wir keine ausschlaggebende Bedeutung beizumessen. Der Gesetzgeber kann sehr wohl in die Lage kommen, etwas ganz selbstverständlich Erscheinendes zu sagen. Dann erklärt er damit meist nur, dafs er die faktisch notwendigen Voraussetzungen auch rechtlich als genügend erachte. Denn an sich ist der Gesetzgeber keineswegs verpflichtet, dies zu thun. Es würde ihn doch z. B. nichts hindern, bei der Uebertragung des mittelbaren Besitzes durch c. p. aufser der natürlichen Voraussetzung, dafs der Tradent selbst mindestens mittelbarer Besitzer ist, auch noch die Anzeige der Uebertragung an den unmittelbaren Besitzer zur Gültigkeit zu fordern. — Wir sind also der Meinung, dafs § 930 auch für den mittelbaren Besitzer gilt. Dann aber ist der Schuldner nicht in der Lage, bei einer nach § 930 stattgefundenen Uebertragung des Eigentums und des mittelbaren Besitzes seitens des gleichfalls nur im mittelbaren Besitze befindlichen Eigentümers dem neuen Erwerber die gegen den bisherigen Eigentümer ihm zustehenden Einwendungen zu machen. Dies Resultat ist allerdings für den Schuldner weniger günstig, scheint uns aber auf Grund der gesetzlichen Vorschriften als durchaus zutreffend.

[1]) Ebenso Fischer-Henle, Anm. 4 zu § 868, S. 396. Vgl. auch Gierke a. a. O. S. 7, Anm. 15.

Bemerkt sei noch, dafs der im B. G. B. § 571 nur für Immobilien ausdrücklich anerkannte Satz: „Kauf bricht nicht Miete", durch die Bestimmung des § 986 Abs. 2 faktisch auch für Mobilien Geltung erhält. Denn hier wie dort mufs der neue Erwerber sich Einwendungen aus dem obligatorischen Rechtsverhältnis gefallen lassen, die seinen Besitz für gewisse Zeit und im bestimmten Umfange einschränken.[1])

Was die bedingten Sicherungsübereignungen angeht, so können wir uns für das B. G. B. ganz kurz fassen. Hinsichtlich der gemeinrechtlichen Streitfrage über die rückwirkende Kraft des Eintritts der Bedingung hat sich § 158 B. G. B. für die Verneinung dieser Wirkung entschieden. Demgemäfs fallen die Nutzungen der Zwischenzeit bei der suspensiv bedingten Sicherungsübereignung dem bedingt Verpflichteten zu, bei der resolutiv bedingten dagegen dem Eigentümer der Zwischenzeit. Allerdings können die Parteien gemäfs § 159 eine Rückziehung und demgemäfs eine andere Verteilung der Nutzungen vereinbaren; jedoch haben diese Vereinbarungen nur persönliche Wirkung, sind also Dritten gegenüber bedeutungslos. Dagegen ist die sogenannte dingliche Wirkung des Eintrittes der Bedingung beibehalten worden. Die relativ grofse Sicherheit, die § 161 überhaupt dem Schuldner verschafft, wird vielleicht dazu beitragen, dafs bedingte Sicherungsübereignungen, vor allem resolutiv bedingte, in Zukunft häufiger vorkommen.

---

[1]) Vgl. auch Gierke a. a. O. S. 45 III: „Offenbar wird durch die Schutzvorschrift des § 986, Abs. 2 das mit Besitz verbundene persönliche Recht nicht in ein dingliches Recht verwandelt. Wohl aber verschafft ihm der Besitz in bestimmter Richtung dingliche Wirksamkeit. Hier bewährt eben der Fahrnisbesitz die von der Gewere ererbte Kraft, die äufsere Sachherrschaft unabhängig von dem inneren sachenrechtlichen Verhältnis zur dinglichen Rechtsstellung zu verstärken."

§ 10.

Die Sicherungscession.

Die Rechtsverhältnisse der Sicherungscession nach gem. R. weisen keinen irgend wie wichtigen Unterschied von denen des B. G. B. auf. Es mögen daher folgende Bemerkungen genügen:

§ 398 B G. B. bestimmt gemäfs der weit überwiegenden Meinung des gem. R. ausdrücklich, dafs durch die Cession das Forderungsrecht selbst auf den Gläubiger übergeht, nicht nur die Ausübung desselben. Gleichfalls in Uebereinstimmung mit der herrschenden Lehre legt § 399 dem pactum de non cedendo die gleiche Wirkung bei; der Sicherungscessionar ist also in diesem Fall zu einer weiteren Uebertragung nicht berechtigt. Die Stellung des Sicherungscessionars dem Drittschuldner gegenüber ist im B. G. B. etwas gebessert, insofern als der cessus nach § 407 durch Zahlungen an den Cedenten trotz Kenntnis der vorgenommenen Cession von seiner Zahlungspflicht gegenüber dem Sicherungscessionar nicht befreit wird, während der cessus nach gem. R. bis zur offiziellen Denuntiation an den Cedenten mit liberierender Wirkung zahlen konnte, wie viele wenigstens behaupten. Eine Bestimmung über die exceptiones in personam, die sich also auf die bestimmte Gläubigerperson beziehen, trifft das B. G. B. nicht. Soweit diese, was bestritten ist, überhaupt existieren, kann der Schuldner sie dem neuen Erwerber entgegenhalten, aus dem gleichen Grunde wie im gem. R.

Die für den Fall der Zwangsvollstreckung oder des Konkurses mit der Forderung verbundenen Vorzugsrechte gehen nach ausdrücklicher Bestimmung des § 401 Abs 2 auch auf den neuen Gläubiger über; dagegen ist es nach B. G. B. zweifelhaft, ob der Sicherungscessionar auch in Ansehung der cedierten Forderung die ihm wegen seiner Person für seine Forderung zustehenden Vorrechte im Konkurse geltend machen kann. Oertmann (Bemerkung 3 zu § 401 in seinem Kommentar zum Recht der Schuldverhältnisse Seite 124) bejaht dies, da die Forderung nach § 398 restlos übertragen sei und der

Uebertragung zur Chikane, nur um sie in die Hand des Berechtigten zu bringen, die §§ 226, 242 und 826 B. G. B. entgegenständen. Trotzdem würde aber die Uebertragung der Forderung an einen derartigen Berechtigten die Lage des neuen Gläubigers ohne Grund verbessern, die des Schuldners, ebenfalls ohne Grund, verschlechtern. Diese Ueberlegung läfst es gerechtfertigt erscheinen, dem bevorrechtigten Sicherungscessionar die Geltendmachung derartiger Privilegien hinsichtlich der cedierten Forderung zu entziehen.